Die Gewässerbenutzungen und ihre Rechtsgrundlagen im Verlauf der Geschichte des Wasserrechts

– Ein vergleichender Überblick –

INAUGURAL - DISSERTATION

zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

durch die

Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät

der Rheinischen Friedrich - Wilhelms - Universität

Bonn

Vorgelegt von

Rechtsanwalt

Harald Seiler

aus Bonn

1976

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41523713_0004

Die Gewässerbenutzungen und ihre Rechtsgrundlagen im Verlauf der Geschichte des Wasserrechts

- Ein vergleichender Überblick -

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität
Bonn

vorgelegt von
Rechtsanwalt
Harald Seiler
aus Bonn

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan: Professor Dr. Walter Gerhardt

Erstreferent: Professor Dr. Jürgen Salzwedel
Zweitreferent: Professor Dr. Gerd Kleinheyer

Tag der mündlichen Prüfung: 14.2.1976

Meinem Vater

zum Gedenken

I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

Seite

Teil 1: Einleitung 1

1. Abschnitt: Bestimmung und Abgrenzung des Begriffs der Gewässerbenutzung 1

A: Die Stellung der Gewässerbenutzungen im System des Wasserrechts 1

I: Wasserrecht, Wasserwirtschaft, Wasserhaushalt 1

II: Die Gewässerbenutzung im Rahmen der Wasserwirtschaft 4

III: Die Benutzung als Zentralfigur der Wasserwirtschaft 5

B: Die Benutzungen und ihre Behandlung nach dem WHG 6

I: Die häufigsten Arten der Gewässerbenutzung 6

II: Das System der Benutzungsbestimmungen im WHG 9

1) Die Zulassung neuer Benutzungen 9

2) Die Grundzüge bei der Aufrechterhaltung alter Benutzungen 10

Seite:

2. Abschnitt: Die Aufrechterhaltung der alten Wasserbenutzungen 13

A: Die Gründe für die Schwierigkeiten bei der Erfassung und Regelung der alten Benutzungen 13

I: Die Schwierigkeiten aufgrund des Rahmencharakters des WHG 13

1) Die rechtliche Behandlung der alten Benutzungen in den das WHG ausfüllenden Landeswassergesetzen 14

2) Der materielle Charakter der Bestimmungen über die alten Benutzungen in den Landesgesetzen und dem WHG 16

II: Die in den Rechtsgrundlagen der alten Benutzungen liegenden Schwierigkeiten 17

1) Die vom WHG zu lösenden Probleme 17

2) Die Schwierigkeiten für die Landesgesetzgeber 19

B: Die heutige Bedeutung der früheren Gesetze für die aufrechterhaltenen Benutzungen 20

3. Abschnitt: Ziel der Arbeit 22

Teil 2: Abriß der geschichtlichen Einbettung und Entwicklung der Wassergesetze 24

Seite:

1. Abschnitt: Allgemeiner Überblick 24

A: Die geographisch-politische Entwicklung 24

I: Die Zusammensetzung der heutigen Bundesländer 25

II: Die Entstehung des preußischen Gebietsumfanges 26

1) Die Besonderheiten beim Gebietszuwachs für den Geltungsbereich der Gesetze 26

2) Überblick über das Wachsen Preußens 27

III: Die nicht preußischen Länder 29

B: Überblick über die Entwicklung der allgemeinen Gesetze 30

I: Frühmittelalter 30

II: Hochmittelalter 31

III: Rezeption 32

IV: Das gemeine Recht 33

V: Die großen Rechtsgebiete des 19. Jahrhunderts 34

VI: Das BGB 39

VII: Andere Rechtsakte mit wasserrechtlicher Bedeutung 40

2. Abschnitt: Spezieller Überblick über die Geschichte der Wassergesetzgebung in den einzelnen Ländern 42

Seite:

A: Die Wassergesetze selbst 42

I: Die preußischen Wassergesetze 43

1) Geltungsbereich und Entstehung des preußischen Wassergesetzes vom 7.4.1913 43
2) Die Geschichte der preußischen Wassergesetze bis 1866 zurück 45
3) Die Geschichte der preußischen Wassergesetze bis 1815 zurück 46
4) Die Geschichte der preußischen Wassergesetze vor 1815 47
5) Die ältesten preußischen Wassergesetze 48

II: Die Wassergesetze in den 1866 mit Preußen vereinigten Ländern vor diesem Zeitpunkt 48

1) Das Königreich Hannover 48
2) Die Herzogtümer Schleswig, Holstein und Lauenburg 49
3) Das Kurfürstentum Hessen-Kassel 50
4) Das Herzogtum Hessen-Nassau 52
5) Die Landgrafschaft Hessen Homburg 53
6) Die bayerischen Landesteile 53

III: Die Wassergesetze in den 1815 mit Preußen vereinigten Ländern vor diesem Zeitpunkt 54

1) Die Länder des französischen Rechtsgebietes 54
2) Die Länder im Geltungsbereich des ALR 56

IV: Die nicht preußischen Länder 56

1) Die Wassergesetze im Großherzogtum Hessen-Darmstadt 57
2) Die Wassergesetze in Baden-Württemberg 58
   a) Baden 58
   b) Württemberg 60
   c) Hohenzollern 61
   d) die vormals hessen-darmstädtischen Gebietsteile 61

Seite:

3) Die Entwicklung der Wassergesetze in Bayern 62

4) Die Entwicklung der Wassergesetze in den kleineren Staaten 64

a) Freie und Hansestadt Hamburg 64

b) Hansestadt Lübeck 67

c) Großherzogtum Oldenburg mit Landesteilen Birkenfeld und Lübeck 68

d) Hansestadt Bremen 69

e) Braunschweig 70

f) Lippe-Detmold 72

g) Schaumburg-Lippe 72

B: Schlußfolgerungen aus dem Überblick 73

Teil 3: Die alten Gewässerbenutzungen und ihre Rechtsgrundlagen 75

1. Abschnitt: Allgemeines 75

2. Abschnitt: Gewässereinteilung und Benutzungen bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts 78

A: Frühmittelalter und deutschrechtlicher Eigentumsbegriff 78

B: Hochmittelalter 81

I: Die Grundsätze der Gewässerbenutzung 82

Seite:

II: Entstehung und Wesen des Regalienrechts 85

III: Das Schicksal der Allmendegewässer 95

IV: Lehnsrechte an den Gewässern 96

V: Zusammenfassung 97

C: Rezeption und frühes gemeines Recht 98

I: Die Aufnahme des römischen Wasserrechts 98

II: Skizzierung der wichtigsten Unterschiede zwischen deutschem und römischem Wasserrecht 91

1) Der Eigentumsbegriff 91
2) Die Gewässereinteilung 92
3) Die Grundzüge der Benutzungsregelungen 93

III: Das frühe gemeine Recht 95

1) Die Eigentumsregelung 95
2) Die Gewässereinteilung 97
3) Die Gewässerbenutzung 98

3. Abschnitt: Gewässereinteilung, -eigentum und -benutzung in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts 100

A: Einführung 100

I: Die gesetzlichen Grundlagen 100

II: Die Weiterentwicklung des Regalienrechts 101

B: Die Gewässereinteilung und die Eigentumsregelung 102

Seite:

I: Die Gewässereinteilung 102

1) Die öffentlichen Gewässer 102
2) Die nicht öffentlichen Gewässer 109
3) Gründe und Folgen der Unterschiede innerhalb der Einteilungsgruppen 111

II: Die Eigentumsregelung 113

1) Die Eigentumstheorien und der Umfang des Eigentums bei den öffentlichen Gewässern 115
   a) Die Regelung im ALR 116
   b) Die Auffassungen im rheinischen und badischen Recht 120
   c) Die Regelungen in den Gebieten des gemeinen Rechts 123
2) Begriff und Umfang des Eigentums bei den nicht öffentlichen Gewässern 129
3) Zulässige Änderungen der Eigentumsverhältnisse 133
4) Die Behandlung alter Eigentumsverhältnisse 134

C: Die Regelung der Gewässerbenutzungen 136

I: Der Gemeingebrauch 137

1) Die Rechtsnatur des Gemeingebrauchs im Vergleich zur heutigen Ansicht 137
2) Die Tätigkeiten des Gemeingebrauchs 141
   a) Das Gebiet von ALR und rheinisch-badischem Recht 141
   b) Das Gebiet des gemeinen Rechts 144

II: Die Benutzungsrechte der Eigentümer und Anlieger 146

1) Der Eigentümergebrauch 147

Seite:

a) Die Nutzungsmöglichkeiten des Eigentümers im einzelnen 148
b) Die Genehmigungspflichtigkeit der Stauanlagen für Wassertriebwerke 150
c) Der materielle nachbarrechtliche Genalt der Eigentümernutzungsrechte 153
aa) Der Grundsatz der Gemeinschaft aller Gewässerbenutzer 154
bb) Die rechtliche Gestaltung der Zuflußverhältnisse 157
aaa) Das Recht auf Zufluß als Inhalt des Eigentums 158
bbb) Der allgemeine und der besondere Schutz vor Wasserentziehung 161
d) Möglichkeiten der Erweiterung der Eigentümernutzungsrechte 164
aa) Der Erwerb eines besonderen Titels 164
bb) Vermutungen für den Erwerb eines besonderen Titels 165
e) Der Schutz der nachbarlichen Verhältnisse 168
f) Der Gebrauch des Grundwassers 170
2) Der Anliegergebrauch 171

III: Über den Gemein- und Anliegergebrauch hinausgehende Benutzungen fremder Gewässer 173

1) Das Verhältnis dieser Tätigkeiten zum Kreis der heutigen Sondernutzungen 174
2) Jedermann gegenüber wirksame Rechtsgrundlagen 175
a) Das Verhältnis zwischen staatlicher Gewährung und privatem Eigentum 175

Seite:

b) Subjektiv-öffentlichen Rechten entsprechende Positionen 176

aa) Die einzelnen Titel und ihre rechtliche Natur 177

aaa) Die ältere oder regale Verleihung 177

bbb) Das Privileg (Konzession) 179

ccc) Die Erlaubnis nach ALR II 15 § 46 180

ddd) Die Erbbelehnung 181

eee) Die Genehmigung in NBGB und BL 182

bb) Vermutungen für den Erwerb eines solchen Benutzungsrechts 183

aaa) Die Ersitzung im Geltungsgebiet des ALR 183

bbb) Die unvordenkliche Verjährung im Gebiet des gemeinen Rechts 184

cc) Die einzelnen Nutzungsarten 185

aaa) Das Gebiet von ALR und rheinisch-badischem Recht 186

bbb) Das Gebiet des gemeinen Rechts 188

dd) Genehmigungspflicht für Wasserbauten 188

c) Das öffentliche wasserrechtliche Nachbarrecht 191

aa) Der Schutz des Rechtsinhabers durch den Staat 191

aaa) Der Bestandsschutz der gewährten Stellung und seine Beschränkungen 191

Seite:

bbb) Inhalt und Umfang des materiellen Nutzungsrechts 193

ccc) Das Recht auf Zufluß als Inhalt der gewährten Stellung 194

bb) Reichweite und Beschränkungen der Rechtsposition im Verhältnis zu Dritten 196

aaa) Das Verhältnis zum Gemeingebrauch 197

bbb) Das Verhältnis zu anderen Begünstigten 198

ccc) Das Recht auf Zufluß gegenüber anderen Gewässerbenutzern 199

cc) Der Rechtsschutz der Begünstigten 202

d) Andere durch staatlichen Hoheitsakt erreichte Positionen 204

3) Nur zwischen den Beteiligten wirksame Rechtsgrundlagen 205

4) Die Behandlung älterer Gewässerbenutzungen 206

4. Abschnitt: Gewässereinteilung, -eigentum und -benutzung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts 207

A: Einführung 207

B: Die Gewässereinteilung und die Eigentumsregelung 209

Seite:

II: Die Regelungen im bayerischen WBG von 1852 212

1) Die Gewässereinteilung 212
a) Die öffentlichen Gewässer 212
b) Die Privatgewässer 214
2) Die Eigentumsregelung 215
a) Die öffentlichen Gewässer 215
b) Die Privatgewässer 217
c) Veränderungen im räumlichen Umfang des Eigentums 218

III: Zulässige Änderungen der gesetzlichen Eigentumsverhältnisse in Privatflußgesetz und WBG 219

IV: Die Behandlung alter Eigentumsverhältnisse in Privatflußgesetz und WBG 220

V: Die Regelungen der in den anderen Ländern erlassenen Wassergesetze 222

1) Die Regelungen des badischen Wassergesetzes vom 25.8.1876 222
2) Die Gesetze im ehemals gemeinrechtlichen Bereich 223

C: Die Regelung der Gewässerbenutzungen 226

I: Der Gemeingebrauch 226

1) Die Diskussion über die rechtliche Konstruktion des Gemeingebrauchs 226
2) Die Tätigkeiten des Gemeingebrauchs 228
a) Die öffentlichen Gewässer am Beispiel des WBG 228

aa) "Erlaubnisfreier" Gemeingebrauch 228
bb) "Erlaubnispflichtiger" Gemeingebrauch 230

Seite:

b) Die privaten Gewässer anhand von WBG und Privatflußgesetz 232

c) Der Gemeingebrauch in den Wassergesetzen der anderen Länder 233

aa) Das badische Wassergesetz vom 25.8.1876 233

bb) Die Gesetze im ehemals gemeinrechtlichen Bereich 233

II: Die Benutzungsrechte der Eigentümer und Anlieger 235

1) Der Eigentümergebrauch in Bayern und Preußen 236

a) Die Tätigkeiten im einzelnen 236

aa) Genehmigungspflichtige Nutzungen 237

aaa) Verfahrensrechtlicher Nachbarschutz durch die wasserrechtliche Genehmigung bei den Anlagen zur Ausnutzung der Wasserkraft 239

bbb) Die Drittwirkung der für diese Anlagen erforderlichen wasserrechtlichen Genehmigung 244

ccc) Die der polizeilichen Genehmigung bedürfenden Nutzungen 249

bb) Genehmigungsfreier Gebrauch 252

b) Das Verhältnis zwischen der wasserrechtlichen Genehmigung und derjenigen nach § 16 Gew.O. 254

c) Der materielle nachbarrechtliche Gehalt der Eigentümernutzungsrechte 256

Seite:

aa) Die Grundgedanken der Ausgestaltung 256

bb) Allgemein: Die inhaltlichen Beschränkungen der Eigentümernutzungsrechte 257

cc) Im Besonderen: Die Gestaltung der Zuflußverhältnisse 259

aaa) Das Recht auf Zufluß als Inhalt des Eigentumsrechts 259

bbb) Der allgemeine Schutz vor Wasserentziehung 261

ccc) Der besondere Schutz vor Wasserentziehung 263

d) Möglichkeiten der Erweiterung der Eigentümernutzungsrechte 269

e) Schutz und Sicherung der am Wasser bestehenden Verhältnisse 270

aa) Die Zuständigkeiten der Verwaltung 271

bb) Die Zuständigkeiten der Gerichte 273

f) Der Gebrauch des Grundwassers 274

2) Der Anliegergebrauch in Bayern und Preußen 276

3) Die Aufrechterhaltung alter Benutzungsrechte 277

4) Der Eigentümer- und Anliegergebrauch in den Wassergesetzen der anderen Länder 280

a) Das badische Wassergesetz vom 25.8.1876 280

aa) Die Nutzungen im einzelnen 280

bb) Die Genehmigungspflicht nach Art. 23 WG 281

cc) Die Drittwirkung der Genehmigung nach Art. 23 WG 283

Seite:

dd) Reichweite und Beschränkungen des Anliegergebrauchs 284

aaa) Die allgemeinen rechtlichen Grenzen des Anliegergebrauchs und der allgemeine Schutz vor Wasserentziehung 284

bbb) Der besondere Schutz vor Wasserentziehung und das Recht auf Zufluß als Inhalt des Anliegereigentums 285

ee) Ausschlußmöglichkeiten der Begrenzungen 286

ff) Aspekte des öffentlichen Nachbarrechts 287

b) Die Gesetze im ehemals gemeinrechtlichen Bereich 287

III: Über den Gemein- und Anliegergebrauch hinausgehende Benutzungen fremder Gewässer 290

1) Die der Verleihung eines subjektiv öffentlichen Rechts entsprechenden Benutzungsgrundlagen 290

a) Titel und Nutzungen in Bayern und Baden 291

aa) Die Regelungen nach dem bayerischen WBG von 1852 291

aaa) Die Rechtsnatur der Erlaubnis nach Art. 10 WBG 291

bbb) Die Nutzungen im einzelnen 293

bb) Die Regelungen nach dem badischen Wassergesetz von 1876 294

aaa) Die genehmigungspflichtigen Benutzungen nach Art. 1 II WG 295

Seite:

bbb) Die Rechtsnatur der Genehmigung 295

b) Die wasserrechtliche Genehmigung 296

c) Titel und Nutzungen nach den hessischen Gesetzen von 1887 297

aa) Die Rechtsnatur der Genehmigung 298

bb) Verfahren und Drittwirkung der Genehmigung 299

cc) Andere Erwerbsgründe 301

dd) Die Nutzungen im einzelnen 301

d) Der Inhalt des öffentlichen wasserrechtlichen Nachbarrechts 302

aa) Die Stellung des Rechtsinhabers gegenüber dem Staat in den einzelnen Ländern 303

aaa) Bestandsschutz, nachträgliche Beschränkungen und Entziehung der gewährten Stellung 303

bbb) Inhalt und Umfang der geschützten Stellung 307

ccc) Das Recht auf Zufluß als Inhalt der gewährten Stellung 309

α) Bayern 309

ß) Baden und Hessen-Darmstadt 311

bb) Reichweite und Beschränkungen der zu gewährenden Stellung im Verhältnis zu Dritten 312

aaa) Das Verhältnis der nicht zusätzlicher Genehmigung bedürfenden Sonderberechtigten zum Gemeingebrauch 312

Seite:

bbb) Das Verhältnis der nicht zusätzlicher Genehmigung bedürfenden Sonderberechtigten zu anderen Begünstigten 313

ccc) Die Inanspruchnahme des Zuflusses gegenüber anderen Gewässerbenutzern - das Verhältnis bei zusätzlicher Genehmigung 316

α) Privatrechtliche Titel 318

ß) Einwendungen zur abschließenden Entscheidung durch die Behörde 321

e) Der Rechtsschutz der Begünstigten 324

2) Weniger starke staatlich gewährte Benutzungsgrundlagen 325

3) Nur zwischen den Beteiligten wirksame Rechtsgrundlagen 325

4) Die Behandlung älterer Gewässerbenutzungen 327

5. Abschnitt: Gewässereinteilung, -eigentum und -benutzung in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts 330

A: Einführung 330

B: Die Gewässereinteilung und die Eigentumsregelung 331

I: Die Regelungen im preußischen Wassergesetz von 1913 332

Seite:

1) Die Gewässereinteilung 332
a) Die Wasserläufe 332
aa) Begriff und Arten der Wasserläufe 332
bb) Die Ordnung der Wasserläufe 334
b) Die nicht zu den Wasserläufen gehörenden Gewässer 335
2) Die Eigentumsregelung 336
a) Die Wasserläufe 337
b) Die nicht zu den Wasserläufen gehörenden Gewässer 339
3) Zulässige Änderungen der gesetzlich bestimmten sachenrechtlichen Ordnung 339
4) Die Behandlung alter Eigentumsverhältnisse 340

II: Die Regelungen im württembergischen Wassergesetz von 1900 343

1) Die Gewässereinteilung 343
a) Die öffentlichen Gewässer 343
b) Die nicht zu den öffentlichen gehörenden Gewässer 345
2) Die Eigentumsregelung 345
3) Zulässige Änderungen der gesetzlich bestimmten sachenrechtlichen Ordnung 348
4) Die Behandlung alter Eigentumsverhältnisse 348

III: Die Regelungen im badischen Wassergesetz von 1899 und im bayerischen Wassergesetz von 1907 349

1) Die Gewässereinteilung 349
a) Die öffentlichen Gewässer 350
b) Die nicht öffentlichen Gewässer 351
2) Die Eigentumsregelung 353
a) Baden 353
b) Bayern 355

Seite:

3) Zulässige Änderungen der gesetzlich bestimmten sachenrechtlichen Ordnung 357

4) Die Behandlung alter Eigentumsverhältnisse 358

C: Die Regelung der Gewässerbenutzungen 359

I: Der Gemeingebrauch 361

1) Der Gemeingebrauch im preußischen Wassergesetz von 1913 361

2) Der Gemeingebrauch im bayerischen Wassergesetz von 1907 364

3) Der Gemeingebrauch im badischen Wassergesetz von 1899 366

4) Der Gemeingebrauch im württembergischen Wassergesetz von 1900 367

II: Die Benutzungsrechte der Eigentümer und Anlieger 368

1) Der Eigentümergebrauch im preußischen Wassergesetz von 1913 368

a) Überblick über die Regelung der Gewässerbenutzungen 369

b) Die Eigentümernutzung an den Wasserläufen 370

aa) Inhalt des Nutzungsrechts und Umfang der Tätigkeiten im einzelnen 371

bb) Die allgemeinen Vorschriften der §§ 19 bis 23 pr.WG 374

aaa) Der Gegenstand der Bestimmungen im einzelnen 377

bbb) Die Rechtsnatur der Genehmigung im Vergleich zur Gebrauchserlaubnis 381

Seite:

cc) Die besonderen Beschränkungen des Eigentümernutzungsrechts in §§41 bis 45 pr.WG 383

aaa) Der allgemeine materielle nachbarrechtliche Gehalt der Beschränkungen 383

bbb) Der Schutz der Nachbarn vor Wasserentziehung durch die Eigentümerbeschränkungen 388

ccc) Das Recht auf Zufluß als Inhalt des Nutzungsrechts und des Eigentums 391

dd) Der verfahrensrechtliche Nachbarschutz 393

ee) Möglichkeiten der Erweiterung des Eigentümernutzungsrechts 396

aaa) Besondere Titel (mit Ausnahme der Verleihung) 397

bbb) Die Verleihung 397

ff) Schutz und Sicherung der am Wasser bestehenden Verhältnisse 399

aaa) Die Ausgleichung 399

bbb) Der Rechtsschutz 400

c) Die Eigentümernutzung an den nicht zu den Wasserläufen gehörenden Gewässern 400

2) Der Eigentümergebrauch im württembergischen Wassergesetz von 1900 401

3) Der Gebrauch durch Eigentümer und Anlieger im bayerischen Wassergesetz von 1907 und badischen Wassergesetz von 1899 405

a) Überblick über die Regelung der Benutzungen 406

b) Die Nutzungen an den nicht öffentlichen Gewässern im Gemeingebrauch 407

Seite:

aa) Die Errichtung von Stauanlagen und Wassertriebwerken 409

aaa) Genehmigungen nach dem Wassergesetz und der Gewerbeordnung in Bayern 410

bbb) Verleihung und Genehmigungen in Baden 413

bb) Die Einbringung flüssiger und fester Stoffe 415

aaa) Gebrauchserlaubnis in Bayern 416

bbb) Verleihung und Genehmigung in Baden 419

cc) Weitere verleihungs- oder genehmigungspflichtige Benutzungsvorgänge 420

dd) Die frei zulässigen Benutzungen 423

ee) Der materielle nachbarrechtliche Gehalt der Benutzungsvorschriften 424

aaa) Die allgemeinen Beschränkungen 425

bbb) Die Gestaltung der Zuflußverhältnisse 428

ff) Möglichkeiten der Erweiterung der Nutzungsrechte 431

gg) Schutz und Sicherung der am Wasser bestehenden Verhältnisse 433

c) Die Eigentümernutzung der geschlossenen Gewässer 434

III: Über den Gemein- und Anliegergebrauch hinausgehende Benutzungen fremder Gewässer 436

1) Jedermann gegenüber wirksame Rechtsgrundlagen 438

a) Die der Verleihung eines subjektiv öffentlichen Rechts entsprechenden Benutzungsgrundlagen 439

Seite:

aa) Rechtsnatur und Verfahren der einzelnen Titel 439

aaa) Preußen und Baden 440
bbb) Bayern 450
ccc) Württemberg 456

bb) Die Nutzungen im einzelnen 462
cc) Weitere Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen 467
dd) Die Stellung des Rechtsinhabers gegenüber dem Staat 470

aaa) Nachträgliche Beschränkungen und Entziehung des verliehenen Rechts 470
bbb) Inhalt und Umfang des verliehenen Rechts 478
ccc) Das Recht auf Zufluß als materieller Inhalt der Berechtigung 481

b) Den verliehenen Rechten gleichgestellte Benutzungsgrundlagen 486
c) Weniger starke staatlich gewährte Benutzungsgrundlagen 487

2) Nur zwischen den Beteiligten wirksame Rechtsgrundlagen 492
a) Spezialfall: Die Übertragung verliehener Rechte 492
b) Die Bestellung dinglicher Rechte am eigenen Gewässer 493

IV: Die Aufrechterhaltung älterer Wasserrechte 494

1) Die Behandlung alter Benutzungsrechte 495
2) Die Behandlung alter Rechte auf Zufluß 498

LITERATURVERZEICHNIS

Abt, Margot	Gedanken zu den alten Wasserbenutzungen im Wasserhaushaltsgesetz. In: Wasserwirtschaft 1958, S.205-208.
Altenburg, Hans-Günther	Benutzung und Verwaltung der Gewässer im italienischen Recht. Berlin 1971.
Baumert, G.	Die Unzulänglichkeit der bestehenden Wassergesetze in Deutschland und die Notwendigkeit gesetzlichen Schutzes des Wassers als Triebkraft. Berlin 1876.
Bayer-Ehrenberg, K. von	Das badische Wasserrecht in seinen Grundzügen gemeinverständlich dargestellt. Südwestdeutscher Wasserwirtschaftsverband, Heidelberg 1951.
Becher, Heinrich	Das rechtsrheinische bayerische Landescivilrecht und Landescivilprozeßrecht unter Berücksichtigung der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Band I. München 1896.
	Begründung zum Entwurf eines Wassergesetzes, Sammlung der Drucksachen des preußischen Hauses der Abgeordneten, 21. Legislaturperiode, V. Session 1912/13, Drucksache Nr. 9 B, Berlin.
Bekker, Ernst Immanuel	System des heutigen Pandektenrechts, Band 1. Weimar 1886.
Bergdolt, Curt	Preußisches Wasserrecht. Köln 1957.
Bertram, Phil.	Das Nassauische Privatrecht, 2. Auflage. Wiesbaden 1878.
Bitta, J. und Kries, W. von	Kommentar zum Preußischen Wassergesetz vom 7. April 1913. Berlin 1913.

Bluntschli, Johann Kaspar	Deutsches Privatrecht, 3. erweiterte Auflage, besorgt von Felix Dahn. München 1864.
Born, Artnur	Das preußische Wassergesetz vom 7.4.1913, Kommentar. Berlin 1926.
Brenner, Gustav von und Josef Fergg	Das bayerische Wassergesetz, Handausgabe mit Einleitung, Erläuterungen und Sachverzeichnis. 2. Auflage. München 1928.
Burghartz, Franz-Josef	Gedanken zur Reform des preußischen Wasserrechts. In: Die Wasserwirtschaft 1949/50, S.212-214.
Burghartz, Franz-Josef	Wasserhaushaltsgesetz und Wassergesetz für das Land Nordrhein Westfalen, Kommentar, 2. Auflage. München, Berlin 1974.
Conrad, Hermann	Deutsche Rechtsgeschichte, Band I, Frühzeit und Mittelalter, 2. Auflage. Karlsruhe 1962.
Conrad, Hermann	Deutsche Rechtsgeschichte, Band II, Neuzeit bis 1806. Karlsruhe 1966.
Crome, Carl	System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band 1, Einleitung und Allgemeiner Teil. Tübingen, Leipzig 1900.
Dernburg, Heinrich	Lehrbuch des preußischen Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs, Erster Band, Die allgemeinen Lehren und das Sachenrecht, 5. Auflage. Halle a. S. 1894.
Dernburg, Heinrich	Pandekten, 1. Band, 5. Auflage. Berlin 1896.

Dernburg, Heinrich	Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, Ergänzungsband 7: Paul Wolf, Gauf, Fuchs, Hessisches Landesprivatrecht. Halle a. d. S. 1910. (zitiert: Wolf)
Dittmann	Zivilistische Bemerkungen zum bayerischen Wassergesetz von 1907. In: Bayerische Zeitschrift für Rechtspflege, München 1909, S.4-12.
Duffing, Klaus	Die Rechtsverhältnisse an Quelle und Grundwasser nach deutschem und schweizerischem Recht, Dissertation, Freiburg i. Br. 1962.
Elvers, Chr. Fr.	Das Recht des Wasserlaufes. Göttingen 1841.
Emminghaus, Gustav	Pandekten des gemeinen Sächsischen Rechts. Jena 1851.
Endemann, Friedrich	Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band I, 3./4. Auflage. Berlin 1898.
Endemann, W.	Das ländliche Wasserrecht. Kassel 1862.
Enneccerus, Ludwig, Theodor Kipp und Martin Wolff	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Band, 1. Abteilung, Das Sachenrecht, 3. Bearbeitung. Marburg 1919.
Enneccerus, Ludwig Theodor Kipp und Martin Wolff	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, III. Band, Das Sachenrecht, 9. Bearbeitung. Marburg 1932.
Eymann, Otto und Otto Schubert	Das bayerische Wassergesetz vom 23.3.1907 in seiner neuesten Fassung, II. Band, 2. Auflage. Ansbach 1928.
Eymann, Otto und Otto Schubert	Das bayerische Wassergesetz vom 23. März 1907 in seiner neuesten Fassung, III. Band, 2. Auflage. Ansbach 1928.

Fleiner, Fritz	Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Auflage. Tübingen 1928.
Fleskes, Gerhard	Der internationale Rechtsstatus der Mosel. Dissertation, Bonn 1969.
Forsthoff, Ernst	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 10. Auflage. München 1973.
Forsthoff, Ernst	Fragen der Zuständigkeit des Bundes auf dem Gebiet des Wasserrechts, Rechtsgutachten, Heft 2 der Schriftenreihe "Gegenwartsfragen der Wasserwirtschaft".
Frank, Felix	Gesetze betreffend Wasserrecht und Wasserpolizei im Preußischen Staate, Textausgabe. Breslau 1888.
Freund, Michael	Deutsche Geschichte, 1. Auflage. Gütersloh 1960.
Friesecke, Albrecht	Recht der Bundeswasserstraßen. Köln, Berlin, Bonn, München 1962.
Gatterbauer, Karl	Das Recht am öffentlichen Wasser nach altem und neuem bayerischen Recht. Dissertation, Erlangen 1909.
Gerber, Carl Friedrich von	System des Deutschen Privatrechts, neu bearbeitet von Konrad Cosack, 17. Auflage. Jena 1895.
Gesterding	Resultate fortgesetzter Forschungen des Verfassers in der Lehre vom Eigenthum, I Über die Benutzung der Bäche zum Nachtheil niedriger liegender Grundstücke. In: AcP 3, 1820, S.60-67.
Gierke, Otto	Deutsches Privatrecht, 1. Band, Unveränderter Neudruck der ersten Auflage aus dem Jahre 1855. München, Leipzig 1936.

Gierke, Otto	Deutsches Privatrecht, 2. Band. Leipzig 1905.
Gieseke, Paul	Die Haftung für Änderungen der Wasserbeschaffenheit nach dem neuen deutschen Wasserrecht. In: ZfW 1962, 4-25.
Gieseke, Paul	102. Kolloquium über Fragen des Rechts der Wasserwirtschaft am 5. Juni 1964. In: Zeitschrift für Wasserrecht 1964, S.84-89.
Gieseke, Paul	Rahmenvorschriften für den Wasserhaushalt. In: Die Wasserwirtschaft 1951, S.190-193.
Gieseke, Paul	Das Wasserrecht aus kommunaler Sicht. In: Zeitschrift für Kommunalwirtschaft 1956, S.346-351.
Gieseke, Paul	Wasserrecht und Wasserwirtschaft. In: Zeitschrift für Wasserrecht 1964, S.1-21.
Gieseke, Paul und Werner Wiedemann	Wasserhaushaltsgesetz unter Berücksichtigung der Landeswassergesetze, Kommentar, 2. Auflage. München 1971.
Grewe, Wilhelm	Das bundesstaatliche System des Grundgesetzes. In: Deutsche Rechts-Zeitschrift 1949, S.349-352.
Haller, Friedrich	Württembergisches Wassergesetz vom 1. Dezember 1900, Erläuterungen. Stuttgart 1902.
	Praktisches Handbuch des Rheinischen Zivilrechts, 2. Auflage. Mühlheim a. d. Ruhr 1893.
Harster, Theodor und Josef Cassimir	Kommentar zum Bayerischen Wassergesetz vom 23.3.1907. München 1908.

Hatschek, Julius	Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 7./8. Auflage. Leipzig 1931.
Hesse	Grundzüge des Wasserrechts nach gemeinem Rechte. In: Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, herausgegeben von R. Ihering, Band VII, 1865, S.179-317.
Höhne, Ernst-Günther	Eigentum und Nutzungsrecht in der Wassergesetzgebung des Reiches und der Länder. Dissertation, Göttingen 1933.
Höinghaus, R.	Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund, ergänzt und erläutert durch die amtlichen Motive, die Erklärungen der Bundes-Kommissare und die Verhandlungen des Reichstages. Berlin 1869.
Hofacker, Wilhelm	Das "Eigentum" an Wasserläufen. In: Verwaltungsarchiv Bd. 30 (1925), S.161-178.
Hofacker, Wilhelm	Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform. Berlin, Stuttgart, Leipzig 1919.
Hofacker, Wilhelm	Das württembergische Wasserrecht. In: Mitteilungen des deutschen Wasserwirtschafts- und Wasserkraftverbandes e. V., Berlin - Halensee 1927, Nummer 19, S.1-58.
Holtz, L. und F. Kreutz	Das Preußische Wassergesetz vom 7. April 1913 nebst Ausführungsverordnungen, I. Band. Berlin 1914.
Holtz, L., F. Kreutz und P. Schlegelberger	Das Preußische Wassergesetz, I. Band, unveränderter Nachdruck der 3. und 4. Auflage. Berlin, Köln 1955.
Holtz, L., F. Kreutz und P. Schlegelberger	Das Preußische Wassergesetz, II. Band, unveränderter Nachdruck der 4. Auflage. Berlin, Köln 1955.

Holzschuher, Rudolph Freiherr von	Theorie und Casuistik des gemeinen Zivilrechts, II. Band. Leipzig 1857.
Hundertmark, Dieter	Die Rechtsstellung der Sondernutzungsberechtigten im Wasserrecht, Göttinger rechtswissenschaftliche Studien Band 63. Göttingen 1967.
Jellinek, Georg	System der subjektiv öffentlichen Rechte, 2. Auflage. Tübingen 1905.
Jellinek, Walter	Verwaltungsrecht, Neudruck der 3. Auflage von 1931. Bad Homburg v. d. H., Berlin, Zürich 1966.
Kaisenberg, Georg	Das Recht des Staates an öffentlichen Flüssen nach römischem und deutschem Recht. Dissertation, München 1908.
Klinge	Der Begriff der Wasserwirtschaft. In: Zeitschrift für Wasserrecht 1964, S.157-159.
Kloess, Arno	Das Deutsche Wasserrecht und das Wasserrecht der Bundesstaaten des Deutschen Reiches. Halle a. S. 1908.
Kloess, Arno	Grundriß des Preußischen Wasserrechts, Systematische Einführung. Halle a. S. 1913.
Klüber, Johann Ludwig	Öffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten, 2. Abteilung, 2. Auflage. Frankfurt 1822.
Kniep, Klaus W.	Einflüsse des Bürgerlichen Rechts im neuen baden-württembergischen Wassergesetz. Dissertation, München 1967.
Koch, C. F.	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, Kommentar in Anmerkungen, 1. Teil, 1. Band. Berlin 1852.

Koehler, Jürgen M.	Die Benutzung von Gewässern nach dem Wasserhaushaltsgesetz. Dissertation, Würzburg 1970.
Kohl, Otto	Der Entwurf eines Bundesgesetzes zur Ordnung des Wasserhaushalts und seine Bedeutung für die Wasserversorgung. In: Das Gas- und Wasserfach 1956, S.317-322.
Kolb, Fritz	Das Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts, Kommentar. Köln 1958.
Krause, Rudolf und Ernst Eckstein	Das Hessische Bachgesetz, mit ergänzenden Bestimmungen. Mainz 1933.
Kreittmayr	Anmerkungen über den Codicem Maximilianeum Bavaricum Civilem, 2. Teil. München 1761.
Kreutz, Franz	Das preußische Wassergesetz vom 7.4.1913, Eine erläuternde Darstellung, Veröffentlichungen des Königlich Preußischen Landes-Ökonomie-Kollegiums, Heft 12, Berlin 1913.
Kübler, Karl	Zur Behandlung der alten Rechte und Befugnisse im Wasserhaushaltsgesetz. In: DÖV 1958, S.728-732.
Külz, Helmut R.	Das "Wohl der Allgemeinheit" im Wasserhaushaltsgesetz. In: Festschrift für Gieseke. Karlsruhe 1958.
Larenz, Karl	Unvordenkliche Verjährung und Wasserbenutzungsrechte. In: NJW 1955, S.1786-1787.
Laurent, F.	Principes de Droit Civil, Tome sixième. Bruxelles, Paris 1871.
Lenhard, A. und W. Reichau	Preußisches Wassergesetz vom 7. April 1913 mit Kommentar und Ausführungsverordnungen, 1. Teil. Berlin 1918.

Malcville, Jacob von	Commentar über das Gesetzbuch Napoleons, übersetzt von Wilhelm Blanchard, 2. Band. Köln 1808.
Mangoldt, Hermann von	Das Bonner Grundgesetz, 2. Auflage von Friedrich Klein, Band Berlin, Frankfurt 1956.
Mayer, Otto	Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Band, 3. Auflage. München, Leipzig 1924.
Mayer, Otto	Theorie des französischen Verwaltungsrechts. Strasburg 1886.
Meisner, Christian	Das in Bayern geltende Nachbarrecht mit Berücksichtigung des Wasserrechts. München 1901.
Meurer, Noë	Tractatus Juridicus de Alluvion Insulis, Alveo et Jure Aquatico oder vom Wasserrecht. Nürnberg 1733.
Mittermaier, C. J. A.	Grundsätze des gemeinen deutsch Privatrechts, 1. Band, 7. Aufla Regensburg 1847.
Niebuhr, Arnold	Wasserrecht und Wasserpolizei i preußischen Staate, systematisc dargestellt, 2. Auflage von Felix Frank. Breslau [illegible].
Nieder	Das Wassergesetz für Württember Ellwangen 190[illegible].
Nölleke	Hamburgisches Landes-Privatrech Halle (Saale) 1907.
Seuffert, Karl	Bayerisches Landesprivatrecht. Halle a. S. 1903.
Opitz	Das Recht am Gewässer nach sächsischem Recht. Dissertation, Leipzig 1907.
Petersen, K	Grundprinzipien und Grenzen des Gemeingebrauchs gegenüber dem Eigentum an öffentlichen Wegen Rahmen der Rechtsprechung des Reichsgerichts. Dissertation, Hamburg 1935.

Pözl, J. von	Die bayerischen Wassergesetze vom 28. Mai 1852, Erläuterungen, 1. Auflage. Erlangen 1862.
Pözl, J. von	Die bayerischen Wassergesetze vom 28. Mai 1852, Erläuterungen, 2. Auflage. Erlangen 1880.
Post, Hermann von	Entwurf eines gemeinen deutschen und hansestadtbremischen Privatrechts, Band 1. Bremen 1866.
Post, Hermann von	Entwurf eines gemeinen deutschen und hansestadtbremischen Privatrechts, Band 3. Bremen 1871.
Rausnitz	Das Recht an den öffentlichen Flüssen nach dem preußischen Allgemeinen Landrechte. In: Gruchot 39, 525-542.
Regelsberger, Ferdinand	Pandekten, 1. Band. Leipzig 1893.
Rehbein, H. und O. Reincke	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten nebst den ergänzenden und abändernden Bestimmungen der Reichs- und Landesgesetzgebung. Mit Erläuterungen, Erster Band (Teil I, Titel 1-11), 5. Auflage. Berlin 1894.
Rehbein, H. und O. Reincke	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten nebst den ergänzenden und abändernden Bestimmungen der Reichs- und Landesgesetzgebung. Mit Erläuterungen. Zweiter Band (Teil I, Titel 12-23), 5. Auflage. Berlin 1894.
Rehbein, H. und O. Reincke	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten nebst den ergänzenden und abändernden Bestimmungen der Reichs- und Landesgesetzgebung. Mit Erläuterungen. Vierter Band (Teil II, Titel 9-20), 5. Auflage. Berlin 1894.

Reinhardt, Klaus	Berechtigung und Bedeutung des Eigentums an Wasserläufen nach deutschem Wasserrecht. Dissertation, Bonn 1960.
Reuß, Hermann	Die Bayerischen Wassergesetze, 2. Auflage. Ansbach 1896.
Riederer, Johann und Frank Sieder	Bayerisches Wassergesetz, Kommentar. München 1957.
Roth, Paul	Bayerisches Civilrecht, 1. Teil, 2. Auflage. Tübingen 1881.
Ruef, Max	Badisches Landrecht mit Anmerkungen. Freiburg i. Br. 1867.
Runde, Justus Friedrich	Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, 5. rechtmäßige Auflage, herausgegeben von Christian Ludwig Runde. Göttingen 1817.
Salzwedel, Jürgen	Beurteilungsspielraum und Ermessen. In: Das Recht der Wasserwirtschaft, Heft 15, 1967, S.35-55.
Salzwedel, Jürgen	Bürgerlich-rechtliche Unterlassungsansprüche gegen Gewässerbenutzer - Rechtsgrundlagen und Umfang. In: Kongreß und Ausstellung Wasser, Berlin 1968, Vorträge.
Salzwedel, Jürgen	Gemeingebrauch im Wegerecht und Wasserrecht. In: Zeitschrift für Wasserrecht 1., 2. Jahrgang, 1962/63, S.73-93.
Salzwedel, Jürgen	Wasserrecht. In: Ingo von Münch: Besonderes Verwaltungsrecht, Bad Homburg v. d. H., Berlin, Zürich 1963, S.457-484.
Scheele, E.	Das Preußische Wasserrecht. Lippstadt 1860.

Schenkel, Karl	Das badische Wasserrecht, enthaltend das Gesetz vom 25.8.1876 über die Benutzung und Instandhaltung der Gewässer nebst den Vollzugsrechten und den sonstigen wasserrechtlichen Bestimmungen mit systematischer Darstellung und Erläuterungen. Karlsruhe 1877.
Schenkel, Karl	Das badische Wasserrecht, enthaltend das Wassergesetz vom 26. Juni 1899, nebst den Vollzugsvorschriften und den sonstigen wasserrechtlichen Bestimmungen. Systematische Darstellung und Erläuterung, 2. Auflage. Karlsruhe 1902.
Schlegelberger	Die Aufrechterhaltung älterer Benutzungsrechte nach dem preußischen Wassergesetze. In: Gruchot 63, 529-558.
Schlegelberger	Die Sicherstellung nach dem preußischen Wassergesetze. In: Gruchot 64, 545-603.
Schröder, Jochen	Kolloquien über Fragen des Rechts der Wasserwirtschaft, 147. Kolloquium am 8.6.1971.
Schröder, Richard und Eberhard Freiherr von Künßberg	Lehrbuch der Deutschen Rechtsgeschichte, 7. Auflage. Berlin, Leipzig 1932.
Schül, Jakob	Die Verleihung besonderer Rechte an Wasserläufen mit besonderer Berücksichtigung des in Preußen, Baden und Hessen geltenden Wasserrechts. Dissertation Heidelberg, Gießen 1930.
Schwab, C. G.	Die Konflikte der Wasserfahrt auf den Flüssen mit der Benützung der letzteren zum Maschinenbetriebe. Heidelberg 1847.
Seydel, Max von	Bayerisches Staatsrecht, Band 3, 2. Auflage. Freiburg i. Br., Leipzig 1896.

Sieder, Frank und Herbert Zeitler	Wasserhaushaltsgesetz, Kommentar. München, Berlin 1970.
Sieglitz, Hermann	Das Recht der öffentlichen Gewässer in Hessen - Die privatrechtliche Seite -. Dissertation Bingen 1912.
Sievers, Rudolf	Zum Wasserhaushaltsgesetz der Bundesrepublik. In: Festschrift für Paul Gieseke, S.259-288, Karlsruhe 1958.
Sievers, Rudolf	Die Rolle des Wasserrechts im Prozeß des Müller Arnold. In: Wissenschaftliche Zeitschrift der Friedrich-Schiller-Universität Jena, Jahrgang 4, 1954/55, S.381 ff.
Sina, Bernhard	Gewässerbenutzung und Gewässerschutz im französischen Recht. Dissertation Bonn 1968.
Staudinger, J. von	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Teil 1, Artt. 1-6 und 32-218, 10./11. Auflage. Berlin 1973.
Stengel, Karl Freiherr von	Wörterbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, II. Band. Freiburg i. Br. 1890.
Sternberg, Leo	Preußische Wasserbenutzungsrechte, erworben durch unvordenkliche Verjährung, Ersitzung oder Verleihung staatlichen Regals. In: Mitteilungen des Deutschen Wasserwirtschafts- und Wasserkraftverbandes e. V., Berlin - Halensee 1928, Nr. 23, S.1-42.
Treuenfels, Franz	Gemeingebrauch und Sonderrechte an öffentlichen Flüssen nach gemeinem Recht. Dissertation Breslau 1899.
Trote, A.	Traité des Eaux non Dominiales. La législation et l'action administrative, Band I. Paris 1947/1952.

Weiske, Julius	Rechtslexikon für Juristen aller deutschen Staaten enthaltend die gesammte Rechtswissenschaft, 14. Band. Leipzig 1860.
Werneburg	Die Ableitung von Wasserläufen. In: Zeitschrift für Agrar- und Wasserrecht, Band 6, S.193-207 und 289-299, Berlin 1926.
Wernicke, Konrad	Gesetzgebungsbefugnisse des Bundes auf dem Gebiet des Wasserrechts. In: Betriebs-Berater 1951, S.43-45.
Wiener, Alexander	Das badische Wasserrecht, enthaltend das Wassergesetz in der Fassung vom 12. April 1913. Ergänzungsband zur II. Auflage des badischen Wasserrechts von Dr. Karl Schenkel. Karlsruhe 1913.
Wilke, Friedrich	Das Preußische Wassergesetz vom 7. April 1913. In: Die Preußische Landesgesetzgebung, herausgegeben von Prof. Dr. Max Apt, Halle/S., Berlin 1933.
Windscheid, Bernhard	Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 1 herausgegeben von Theodor Kipp, Neudruck der 9. Auflage. Frankfurt am Main 1906; Aalen 1963.
Windscheid, Bernhard	Lehrbuch des Pandektenrechts, Band 2, herausgegeben von Theodor Kipp, Neudruck der 9. Auflage. Frankfurt am Main 1906; Aalen 1963.
Witzel, Gustav	Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts, Kommentar, 5. Auflage. Berlin, Frankfurt 1964.
Wolff, Hans Julius	Verwaltungsrecht I, 8. Auflage. München 1971.
Wüsthoff, Alexander	Einführung in das deutsche Wasserrecht, 3. Auflage. Berlin 1962.

Wüsthoff, Alexander	Entnahme und Wegleitung von Wasser aus Grundwasser und Quellen nach württembergischem und badischem Wasserrecht. In: Wasserrecht - Wassertechnik 1956, S.33-34.
Wüsthoff, Alexander	Handbuch des Deutschen Wasserrechts, 1. Band. Berlin, Bielefeld, Detmold 1949.
Wüsthoff, Alexander	Handbuch des Deutschen Wasserrechts, 2. Band. Berlin, Bielefeld, München 1949.
Wüsthoff, Alexander	Wird das Wasserhaushaltsgesetz des Bundes noch in dieser Wahlperiode verkündet? In: Betriebs-Berater 1957, S.517-520.
Wüsthoff, Alexander	Wassernotgesetzgebung. In: Deutsches Verwaltungsblatt 1952, S.10-13.
Wüsthoff, Alexander und Walter Kumpf	Handbuch des Deutschen Wasserrechts, Neues Recht des Bundes und der Länder, Loseblatt-Textsammlung und Kommentare. Berlin, 56. Lieferung, Stand Sept. 1973.
Wulff, Georg und Ferdinand Herold	Wassergesetz vom 7. April 1913, mit Einleitung, Erläuterungen und Sachregister, 2. Auflage. Berlin, Leipzig 1928.
Zeller, W.	Das Gesetz über die Bäche und nicht ständig fließenden Gewässer im Großherzogtum Hessen. Mainz 1888.
Zimniak, Klaus	Bayerisches Wasserrecht, Handkommentar. München 1964.
Zinn, Georg August	Der Bund und die Länder. In: Archiv des öffentlichen Rechts, Band 75 (1949), S.291-306.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band, Seite).
a. F.	alte Fassung
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten, vom 1.6.1794.
Amtsbl.	Amtsblatt
Anm.	Anmerkung
Arch. öff. R.	Archiv des öffentlichen Rechts.
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Ausf. VO	Ausführungsverordnung
Bachgesetz	Hessisches Bachgesetz vom 30.7.1887 (Regl. Bl. S.149) in der Fassung der Bekanntmachung von 30.9.1899 (Reg. Bl. S.758).
bad WG	Badisches Gesetz vom 25.8.1876, die Benützung und Instandhaltung der Gewässer betreffend (Ges. u. Reg. Bl. S.233-270).
bad WG 1899	Wassergesetz für das Großherzogtum Baden, vom 26.5.1899 (G u. VBl. S.309), in der Fassung der Bekanntmachung vom 12.4.1913 (GVBl. S.250).
Bad WWG	Bad Wttbg WG
bayer.	bayerisch
bay Ob LGZ	Sammlung von Entscheidungen des bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen (Band, Seite).
Bay VGH	Sammlung von Entscheidungen des bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (Band, Seite).
Bay WG	Bayerisches Wassergesetz, vom 23.7.1907 (GVBl. S.147).
bay WG	Wassergesetz für das Königreich Bayern, vom 23.3.1907 (GVBl. S.193 ff.).
BB	Der Betriebs-Berater, Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Sozialrecht.

Bd.	Band
Bd Wttbg WG	Wassergesetz für Baden-Württemberg, vom 25.2.1960 (GBl. S.17).
Begr.	Begründung zum Entwurf eines Wassergesetzes, Sammlung der Drucksachen des Preußischen Hauses der Abgeordneten, 21. Legislaturperiode V. Session 1912/13, Drucksache Nr. 9 A.
Beisp.	Beispiel
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch, vom 18.8.1896 (RGBl. S.195) (BGBl. III 400-2).
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen.
BL	Badisches Landrecht vom 1.1.1810.
Bln WG	Berliner Wassergesetz, vom 23.2.1960 (GVBl. S.133).
BRD	Bundesrepublik Deutschland
Bremisches AGBGB	Bremisches Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Brem WG	Bremisches Wassergesetz, vom 13.3.1962 (GBl. S.59).
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BvK	Bitta, v. Kries, Kommentar zum preußischen Wassergesetz vom 7.4.1913, Berlin 1913.
bzw.	beziehungsweise
C C	Code civil
d	des
Dammbaugesetz	(Hessisches) Gesetz, das Dammbauwesen und das Wasserrecht in den Gebieten des Rhein, Main, Neckar und des schiffbaren Teils der Lahn betreffend, vom 14.6.1887 (Reg. Bl. S.105).
dgl.	dergleichen
d. h.	das heißt

DÖV	Die öffentliche Verwaltung, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik.
DR	Deutsches Recht (Zeitschrift).
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift.
Dt.Verw.R.II	Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, II. Band, 3. Auflage, München, Leipzig 1924.
DVBl	Deutsches Verwaltungsblatt
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche, vom 18.8.1896 (RGBl. S.604) (BGBl. III 400-1).
f. ff.	folgend, folgende
Forts.	Fortsetzung
Franz. Verw.	Otto Mayer, Theorie des französischen Verwaltungsrechts, Strasburg 1886.
G., Ges.	Gesetz
Gew O.	Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, vom 1.1.1873 in der Fassung vom 26.7. 1900 (RGBl. S.871) (BGBl. III 7100-1).
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, vom 23.5.1949 (BGBl. S.1) (BGBl. III Nr. 100-1).
Ggs.	Gegensatz
Gruchot	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot (Band, Seite).
GS.	Gesetzessammlung
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
GWF	Das Gas- und Wasserfach, Fachblatt für Gastechnik und Gaswirtschaft sowie für Wasser und Abwasser.
h. A.	herrschende Ansicht
Handbuch	Praktisches Handbuch des Rheinischen Zivilrechts, 2. Auflage, Mühlheim a. d. Ruhr 1893.
Hanseatische RGZ	Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift (Jahrgang, Entscheidung).

Hbg WG	Hamburgisches Wassergesetz, vom 20.6.1960 (Hbg. GVBl. S.335).
Hess WG	Hessisches Wassergesetz, vom 6.7.1960 (GVBl. S.69).
Hgth.	Herzogtum
HK I	Holtz, Kreutz, Das preußische Wassergesetz vom 7.4.1913, I. Band, Berlin 1914.
HKS I	Holtz, Kreutz, Schlegelberger, Das Preußische Wassergesetz, I. Band, 3./4. Auflage, Nachdruck Berlin, Köln 1955.
HKS II	Holtz, Kreutz, Schlegelberger, Das Preußische Wassergesetz, II. Band, 4. Auflage, Nachdruck Berlin, Köln 1955.
Iher. Jb.	Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, herausgegeben von R. Ihering (Band, Jahrgang, Seite).
i. S.	im Sinn
i. V. m.	in Verbindung mit
Jg.	Jahrgang
Jh.	Jahrhundert
JW	Juristische Wochenschrift (Jahrgang, Seite).
Kloess 08	A. Kloess, Das Deutsche Wasserrecht und das Wasserrecht der Bundesstaaten des Deutschen Reiches, Halle 1908.
Kloess 13	A. Kloess, Grundriß des Deutschen Wasserrechts, Halle 1913.
KR	Kontrollrat
LWA	Entscheidungen des preußischen Landeswasseramts, Berlin.
LWGNW	Wassergesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, vom 22.5.1962 (GV. NW. S.235).
LWGRhPf	Landeswassergesetz Rheinland-Pfalz, vom 1.8.1960 (GVBl. S.153).
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen

Nass.	Nassauisch
NBGB	Napoleon I. Bürgerliches Gesetzbuch, vom 5.3.1803.
Nds WG	Niedersächsisches Wassergesetz, vom 7.7. 1960 (Nds. GVBl. S.105).
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue juristische Wochenschrift (Jahrgang, Seite)
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
Oberst GH in Civ. S.	Entscheidungen des Bayerischen obersten Gerichtshofs in Civilsachen (Band, Seite).
Ob. Tr.	Entscheidungen des (preußischen) Königlichen Obertribunals.
OLG	Oberlandesgericht
pr.	preußisch
Pr. OVG	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts.
Prov. Verf. f. Schleswig	Provisorische Verfügung für die Geestdistrikte des Herzogtums Schleswig.
pr. WG	Preußisches Wassergesetz vom 7.4.1913 (GS. S.53).
PVBl/Pr.V.Bl.	Preußisches Verwaltungsblatt
Randnr.	Randnummer
Reg. Bl.	Regierungsblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band, Seite).
RS	Riederer - Sieder, Bayerisches Wassergesetz, Kommentar, München 1957.
RV	Verfassung des Deutschen Reiches, vom 16.4.1871 (RGBl. S.64).
RWW	Das Recht der Wasserwirtschaft (Jahrgang, Seite).
S	Seite, Seiten
s.	siehe
Samml.	Sammlung

Schenkel 02	K. Schenkel, Das badische Wasserrecht, Karlsruhe 1902.
Schenkel 77	K. Schenkel, Das badische Wasserrecht, Karlsruhe 1877.
SchlHWG	Wassergesetz des Landes Schleswig-Holstein, vom 25.2.1960 (GVOBl. Schl.-H. S.39).
Seuffert Seuff. Arch.	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Band, Nr.).
sog.	sogenannt
Str. A.	Archiv für Rechtsfälle, die zur Entscheidung des Königlichen Obertribunals gelangt sind. Herausgegeben und redigiert von Theodor Striethorst. (Band, Seite).
SWG	Saarländisches Wassergesetz vom 28.6.1960 (Amtsbl. S.511).
T	Teil
u.	und
u. a.	unter anderem
usw.	und so weiter
v.	von, vom
VB	(Badische) Verordnung vom 12.4.1913 zum Vollzug des Wassergesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 12.4.1913 (GVBl. 1913, S.311).
Verf. O.	(Badische) landesherrliche Verordnung vom 23.12.1876, den Vollzug des Gesetzes über die Benützung und Instandhaltung der Gewässer betreffend (G. u. VBl. S.349).
Verw. Arch.	Verwaltungsarchiv
VGH	Sammlung von Entscheidungen des bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (Band, Seite).
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vollz. Verf.	Verfügung des (württembergischen) Ministeriums des Innern, betreffend den Vollzug des Wassergesetzes, vom 16.11.1901 (Reg. Bl. S.379).
Vorbem.	Vorbemerkung

VVzWG	Bekanntmachung vom 3.12.1907 den Vollzug des Wassergesetzes für das Königreich Bayern vom 23.3.1907 betreffend (GVBl. S.376).
Warn. Jahrb.	Jahrbuch der Entscheidungen zum bürgerlichen Gesetzbuch und den Nebengesetzen, begründet von Warneyer.
WBG	Gesetz über die Benützung des Wassers vom 28.5.1852 (GBl. S.489).
WG	Wassergesetz
WHG	Gesetz zur Ordnung des Wasserhaushalts (Wasserhaushaltsgesetz), vom 27.7.1957 (BGBl III Nr. 753-1).
Wolf	Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens, von Heinrich Dernburg, Ergänzungsband 7: Hessisches Landesprivatrecht, von Wolf, Gauf, Fuchs, Halle a. S. 1910.
WRV	Weimarer Reichsverfassung, vom 11.8.1919 (RGBl. S.1383).
WR - WT	Wasserrecht - Wassertechnik (Jahrgang, Seite).
Württ. Jahrb.	Jahrbücher der württembergischen Rechtspflege (Band, Seite).
württ WG	Württembergisches Wassergesetz, vom 1.12. 1900 (Reg. Blatt S.921).
WVbVO	Erste Verordnung über Wasser- und Bodenverbände, vom 3.9.1937 (RGBl. I S.933).
WWi	Wasserwirtschaft, Organ des deutschen Verbandes für Wasserwirtschaft e. V.
ZAGr.	Zeitschrift für Agrar- und Wasserrecht, herausgegeben im Preußischen Ministerium für Landwirtschaft, Domänen und Forsten, Berlin (Band, Seite).
z. B.	zum Beispiel
ZfW	Zeitschrift für Wasserrecht
Ziff.	Ziffer
z.T.	zum Teil

Teil 1: Einleitung

1. Abschnitt: Bestimmung und Abgrenzung des Begriffs der Gewässerbenutzung.

A: Die Stellung der Gewässerbenutzungen im System des Wasserrechts.

Das Wasser wird vom Menschen in vielfältiger Weise genutzt, wobei technischer Fortschritt die Möglichkeiten ständig gemehrt hat. Der großen Zahl unterschiedlicher Nutzungsarten entspricht ihre jeweils andere rechtliche Behandlung.

Die Gewässerbenutzungen im engeren Sinn, von denen hier die Rede sein soll, sind an Zahl und Form nicht immer gleich geblieben. Sie können daher nicht durch enumerative Aufzählung bestimmt, sondern müssen anhand des Inhalts der sie betreffenden Regelungen umgrenzt werden. Diese Regelungen sind Teil des Wasserrechts.

I: Wasserrecht, Wasserwirtschaft, Wasserhaushalt.

Der Begriff des Wasserrechts hat einen geschichtlich weit zurückliegenden und nicht mehr eindeutig

feststellbaren Ursprung. Erstmalig erwähnt wird der Ausdruck in dem "Tractatus Juridicus ... vom Wasserrecht", den der Kurfürstlich-Pfälzische Hof-Kammerrat Noa Meurer im Jahre 1570 verfaßte. Seit dem 18. Jahrhundert ist der Begriff Allgemeingut der deutschen Rechtsliteratur[1]. Er wird definiert als die Summe der Rechtsnormen, die sich auf ober- und unterirdisches Wasser beziehen[2], gleichgültig, wie sie benannt sind und welche Materien sie außerdem regeln.

Eine Unterteilung des Wasserrechts kann nach verschiedenen Gesichtspunkten erfolgen; Meurer[3] grenzt vor allem Wasser-, Fluß- und Mühlenrecht voneinander ab.

Auf der Grundlage seines materiellen Inhalts wird das Wasserrecht heute in die beiden Gruppen des Wasserwegerechts und des Wasserwirtschaftsrechts eingeteilt. Gegenüber dem des Wasserrechts ist der Begriff der Wasserwirtschaft jung, da erst im 20. Jahrhundert aufgekommen. Der Ausdruck ist bisher nicht einmütig geklärt[4], wenn auch die verschiedenen Definitionen inhaltlich dasselbe ausdrücken wollen. So hat der deutsche Normenausschuß die Wasserwirtschaft mit dem Normblatt DIN 4049 als "die zielbewußte Ordnung aller menschlichen Eingriffe in das ober- und unterirdische Wasser" umschrieben.

---

1) Vgl. Gieseke in ZfW 64,1-21(1) mit weiteren Angaben.
2) Gieseke in ZfW 64,1-21(2).
3) Meurer, Titel.
4) Klinge in ZfW 64,157-159(157).

Der Bundesgesetzgeber[1] hat - zugleich einen neuen Fachausdruck einführend - als Wasserwirtschaft die Summe aller Einwirkungen bezeichnet, die unmittelbar oder mittelbar den Wasserhaushalt berühren.

Dieser letzte Begriff, erst durch das Grundgesetz[2] geprägt[3], war in seiner Auslegung zu Anfang der fünfziger Jahre lange Zeit umstritten. Bestand zwar Einigkeit darüber, daß unter dem Wasserhaushalt der Zustand des Wassers in großräumiger Sicht zu verstehen war, wie er sich bei der Gegenüberstellung des vorhandenen Wasserschatzes mit dem mit ihm zu deckenden Bedarf ergibt, so wollten die einen[4] hierunter nur die Wassermengenwirtschaft verstehen, während die anderen[5] der Auffassung waren, daß auch die Güte, gegebenenfalls sogar die Energie des Wassers in die Definition mit einbezogen werden müsse. Da der Ausdruck "Haushalt" ein wirtschaftlicher Begriff ist und deshalb auch eine qualitative Seite aufweist, da weiterhin infolge steigenden Gebrauchs des Wassers die Verschmutzung immer stärker und damit auch die Gefahren für zukünftigen Gebrauch immer größer wurden, ist die erste Ansicht als zu eng fallengelassen worden und wird heute nicht mehr vertreten.

---

1) Bundestagsdrucksache Nr. 2072, 2. Wahlperiode, amtliche Begründung zum Entwurf des WHG, Seite 17.
2) Art. 75 I Ziff. 4 GG.
3) v. Mangoldt, Art. 75, Anm. XI 1.
4) vor allem Wernicke in BB 1951, 43-45(45).
5) Gieseke in WWi 1951,190-193(193); Gieseke-Wiedemann, Einleitung IV Seite 9; Forsthoff, Gutachten Seite 25; Kolb, Einführung Seite 13; v. Mangoldt, Art. 75, Anm. XI 2.

Füllt man bei der vom Bundesgesetzgeber gebrauchten Definition der Wasserwirtschaft den Begriff des Wasserhaushalts aus, so läßt sich Wasserwirtschaft auch bezeichnen als der Inbegriff aller menschlichen Tätigkeiten, die das Wasser in seiner Quantität sowie seiner biologischen, physikalischen und chemischen Qualität beeinflussen[1].

Auf dem Gebiet des Wasserhaushalts ist dem Bundesgesetzgeber durch Art. 75 Ziff. 4 GG die Rahmengesetzgebungskompetenz eingeräumt. Er hat sie wahrgenommen durch den Erlaß des Gesetzes zur Ordnung des Wasserhaushalts (WHG) vom 27.7.1957[2]. In Übereinstimmung mit dem Grundgesetzgeber[3] fühlte er sich dabei, vor allem angesichts der - wie gezeigt - nahezu deckungsgleichen Bedeutung der Begriffe, zur Regelung des ganzen Komplexes der Wasserwirtschaft verpflichtet.

II: Die Gewässerbenutzung im Rahmen der Wasserwirtschaft.

Da die Tätigkeit der Ordnung des Wasserhaushalts in der Gestaltung der Wasserwirtschaft besteht,

---

1) So auch Altenburg, Seite 23.
2) BGBl. I Seite 1110, berichtigt S.1386. In Kraft getreten am 1.3.1960. Heute gültig in der Fassung des 1. Änderungsgesetzes vom 19.2.1959 (BGBl. I Seite 37), des 2. Änderungsgesetzes vom 6.8.1964 (BGBl. I Seite 611), des 3. Änderungsgesetzes vom 15.8.1967 (BGBl. I Seite 909), Art. 79 EGOWiG vom 24.5.1968 (BGBl. I Seite 503) und Art. 5 Kostenermächtigungs-Änderungsgesetz vom 23.6.1970 (BGBl. I Seite 805).
3) Ist auch der Wille des Grundgesetzgebers heute nur noch schwer zu ermitteln, so läßt sich doch zumindest sagen, daß er eine Planung im Bereich der Gewässerangelegenheiten durch den Gesetzgeber des Bundes herbeiführen wollte. Vgl. Gieseke in WWi 1951, 190-193(192).

muß sie sich auch mit dem Teil der Wasserwirtschaft befassen, in dem der Mensch seine sich auf die dienstbaren Eigenschaften des Wassers beziehenden Bedürfnisse befriedigt. Das Mittel dazu sind die Gewässerbenutzungen.

Vor dem Hintergrund der Definition der Wasserwirtschaft werden dabei unter Gewässerbenutzung alle die menschlichen Handlungen verstanden, die direkt und unmittelbar auf das Wasser als Materie und auf das mit ihm als Gewässer eine Einheit bildende Bett einwirken und dabei den vorhandenen Wasservorrat und seine Erhaltung sowie die biologische, chemische und physikalische Beschaffenheit des Wassers und seine Abflußmöglichkeiten betreffen. Das gilt für die Inanspruchnahme des Oberflächen- wie des Grundwassers gleichermaßen.

III: Die Benutzung als Zentralfigur der Wasserwirtschaft.

Der das Gebiet der Benutzungen betreffende Teil der Wasserwirtschaft ist wegen der grundlegenden Wichtigkeit des Wassers für das menschliche Leben von großer gesellschaftlicher Bedeutung.

Die Lösung des Problems, wer welches Wasser in welchem Umfang und welcher Menge unter welchen Voraussetzungen und unter wie gearteter Abstimmung mit anderen Interessenten nutzen darf, wird immer schwieriger und die vom Wasserrecht zu treffende Antwort auf diese Frage - generell wie für den Einzelfall - von immer weiterreichender Bedeutung. Dabei sind nicht nur die Auswirkungen der Entscheidungen für den Menschen, sondern auch für das Wasser - und damit

wiederum für die Zukunft der Benutzungen - zu bedenken. Hinzu kommt, daß manche Auswirkungen oft schwer überschaubar sind und sich erst in räumlicher oder zeitlicher Ferne von der Tätigkeit selbst gänzlich offenbaren. Aus diesen Gründen stellen die Gewässerbenutzungen den Kernbereich der Wasserwirtschaft dar und sind die für den Menschen bei weitem wichtigste Form seiner Einwirkungen auf das Wasser.

B: Die Benutzungen und ihre Behandlung nach dem WHG.

Das WHG und die zur Ausfüllung des von ihm gesteckten Rahmens von den einzelnen Bundesländern erlassenen Landeswassergesetze gehören zum Bereich des öffentlichen Rechts. Die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht hatte in früherer Zeit größere Bedeutung als heute, da vor Entstehen dieser Zweiteilung das Wasserrecht der allein bestehenden Privatrechtsordnung zugehörte und mit großen Teilen auch später dort geregelt blieb. Dies muß bei der Betrachtung älterer Gesetze und ihrer Auswirkungen stets berücksichtigt werden. Zwar finden sich im Privatrecht noch immer wasserrechtliche Bestimmungen, das öffentliche Recht steht heute jedoch im Vordergrund; zur Herbeiführung einer zielbewußten, weiträumigen Ordnung des Wasserhaushalts hat es sich als das geeignetere Mittel erwiesen.

I: Die häufigsten Arten der Gewässerbenutzung.

In § 3 WHG ist aufgezählt, welche einzelnen Einwirkungen auf ein Gewässer als Benutzungen angesehen werden. Dieser Katalog will jedoch keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben, denn angesichts des Rahmencharakters des WHG muß es den

Ländern freistehen, auch andere Tätigkeiten mit dem beschriebenen Charakter ganz oder teilweise den Benutzungsregelungen zu unterstellen[1].

Das WHG zählt also nur die häufigsten Nutzungen auf. Sie sind danach vor allem das Entnehmen, Ab- und Einleiten von Wasser, Grundwasser oder Abwasser, das Aufstauen und Absenken von Oberflächenwasser sowie Einbringen und Einleiten fester oder flüssiger Stoffe und die Entnahme fester Stoffe, also von Steinen, Kies oder Sand.

Wegen ihrer wasserwirtschaftlichen Auswirkungen sind diesen Benutzungen gleichzuachten das Heben oder Senken des Grund- und des Wasserspiegels, sowie Maßnahmen, die eine dauernde und nicht nur unerhebliche schädliche Änderung der Beschaffenheit des Wassers zur Folge haben. Da als Gewässerbenutzungen nur die beschriebenen Tätigkeiten selbst aufgefaßt werden, sind der über das Benutzen hinausgehende Zweck und ihr weiteres Ziel unerheblich. Unerheblich ist daher auch, ob von der Benutzung noch andere Wirkungen ausgehen - seien sie wasserwirtschaftlicher Natur oder nicht. Eine derartige Wirkung ist beispielsweise die Beherrschung und Regulierung des Wasserabflusses und damit die Abwehr von Schäden durch ein Stauwerk; mag gerade dies auch eines der Ziele der Anlage sein, die Gewässerbenutzung ist dennoch nur das Aufstauen oder Absenken des Wasserspiegels selbst.

Keine Benutzung eines Gewässers sind die seiner Unterhaltung und dem Ausbau dienenden Maßnahmen; zwar definitionsgemäß zur Wasserwirtschaft gehörend

---

1) Wüsthoff-Kumpf, Band 1, Mai 1959, Gruppe C 10 E, § 3 WHG Anmerkung 1.

Prüfungskontrolle nur die Benutzungen befreit, die aufgrund ihrer Natur die in § 6 WHG beschriebene Gefährdung nicht erwarten lassen. Die Ausrichtung auf den in § 6 WHG formulierten Gedanken wird auch durch die Ausnahmen der §§ 23, 24 und 33 WHG nicht durchbrochen, denn sie betreffen nur Benutzungen, die ihrer Natur nach das Wohl der Allgemeinheit nicht oder nur schwerlich beeinträchtigen können. Für gewisse Fragen ist den Ländern zwar stets ausdrücklich das Recht anderweitiger Regelung eingeräumt, der Grundgedanke des WHG bleibt jedoch auch hierbei unberührt.

2) Die Grundzüge bei der Aufrechterhaltung alter Benutzungen.

Völlig anders gestaltet sind demgegenüber die Regelungen, die die weitere Ausübung alter Benutzungen rechtlich ermöglichen sollen. Erreicht werden mußte, daß auch diese Einwirkungen nur innerhalb des sich aus § 6 WHG ergebenden Rahmens weiterhin wahrgenommen werden konnten; die alten Benutzungen deshalb alle dem Grundsatz des § 2 I WHG zu unterwerfen, war - abgesehen von der wohl praktischen Unmöglichkeit - überflüssig, da aus zweierlei Gründen nicht erforderlich.

Zum einen war bei den nach neueren Gesetzen zugelassenen Benutzungen die Verträglichkeit mit dem Allgemeinwohl bereits meist bei der Zulassung festzustellen gewesen, zum anderen hatten die bei Inkrafttreten des WHG bestehenden Benutzungen infolge ihrer jahrzehntelangen Wahrnehmung meist einen Zustand geschaffen, mit dem sich die Umgebung arrangiert hatte, schädigten daher nicht die Allgemeinheit und konnten aus Gründen der Rechtssicher-

heit nicht einer erneuten allgemeinen Kontrolle unterworfen werden[1]. Um die bei einer derartigen Kontrolle und Unterwerfung unter neue Rechtsgrundlagen entstehende Rechtsunsicherheit möglichst klein zu halten, auf der anderen Seite aber zu verhindern, daß auf alten Rechten beruhende Benutzungen, die dem Wohl der Allgemeinheit zuwiderlaufen, dennoch weiter ausgeübt werden können, hat das WHG folgende Dreiteilung vorgenommen:

Erstens Benutzungen, die auf bestimmten alten Rechten und Befugnissen beruhen und durch Vorhandensein von Anlagen offenkundig sind, zum zweiten Benutzungen aufgrund solcher Rechte und Befugnisse, jedoch ohne Anlagen, sowie aufgrund eines anderen Rechts oder in sonst zulässiger Weise ausgeübte Benutzungen und drittens - nicht ausdrücklich erwähnt, aber aus den Vorschriften zu erschließen - andere wasserrechtliche Tatbestände, die nach dem früheren Recht einer Erlaubnis oder dergleichen bedurften, jetzt jedoch nicht mehr in den Katalog des § 3 WHG oder eines Landesgesetzes fallen.

Die alten Benutzungen der ersten Gruppe (§ 15 WHG) sind von dem in § 2 I WHG festgesetzten Grundsatz völlig freigestellt, da bei ihnen aus den beiden oben genannten Gründen dem Zweck des § 6 WHG stets gedient sein wird. In Verbindung mit der Vorschrift, nur gegen Entschädigung beschränkt oder aufgehoben werden zu können, kommt diese Regelung einer Aufrechterhaltung gleich[2]. Zur zukünftigen Klarstellung der Rechtslage ist die Eintragung ins Wasserbuch vorgesehen (§ 16 WHG). Die Benutzungen der zweiten Gruppe (§ 17 WHG) konnten noch fünf Jahre

---

1) Gieseke-Wiedemann, Vorbem. 1 zu den §§ 15-17.
2) Burghartz, § 15 WHG, Anmerkung 1.

lang nach Inkrafttreten des WHG weiter wahrgenommen werden und bedurften dann einer Erlaubnis oder Bewilligung, wobei auf die Erteilung der letzteren unter Umständen ein Anspruch bestand. Für die Gewässereinwirkungen nach der dritten Gruppe gilt der allgemeine Grundsatz, daß sie so lange ohne neue Erlaubnis oder Bewilligung ausgeübt werden können, solange nicht ein nach dem WHG oder einem Landeswassergesetz erlaubnis- oder bewilligungspflichtiger Tatbestand geschaffen wird.

Nicht zu den alten Benutzungen zählen bisher unrechtmäßig wahrgenommene Einwirkungen; diese Tätigkeiten unterfallen den für neu zuzulassende Benutzungen geltenden Regelungen.

Der Rahmencharakter des WHG ermöglicht es auch bei den alten Benutzungen den Ländern, von den Bundesbestimmungen abzuweichen; der Grundgedanke des WHG wird dadurch jedoch nicht berührt, da der Landesgesetzgeber das aufgezeigte Einteilungsschema nicht durchbrechen kann[1)] und ihm nur die Möglichkeit einer Einschränkung der Erlaubnis- und Bewilligungsfreiheit eingeräumt ist.

---

1) Auch die Blankettvorschrift des § 15 III WHG gibt diese Möglichkeit nicht, da die Länder nur solche Benutzungen denen in Absatz 1 gleichstellen können, die in einem förmlichen Verfahren zugelassen worden sind. In Anlehnung an § 9 Satz 2 WHG ist darunter ein Verfahren zu verstehen, das die Gewähr für die Berücksichtigung des Allgemeinwohls und die Rechte und Interessen der Betroffenen geboten hat, sodaß auch die gleichgestellten Benutzungen nur solche sein können, bei denen ebenfalls - wie bei den Benutzungen nach Absatz 1 - die Forderung des § 6 WHG bereits erfüllt war.

2. Abschnitt: Die Aufrechterhaltung der alten Wasserbenutzungen

A: Die Gründe für die Schwierigkeiten bei der Erfassung und Regelung der alten Benutzungen

Bei der Art und Weise der Dreiteilung, auf der das WHG die Regelungen bezüglich der alten Gewässerbenutzungen aufbaut, fällt auf, daß nicht die Tätigkeiten aufgezählt oder von ihrem Inhalt her umschrieben und eingegrenzt und die einzelnen Bestimmungen darauf aufgebaut sind, sondern daß die Einwirkungen auf das Wasser von ihren Rechtsgrundlagen her definiert werden, sodaß die Entscheidung über ihre Behandlung im Einzelfall immer erst nach deren Feststellung getroffen werden kann. Der Grund für diese Art der Regelung kann nicht in dem vom WHG erstrebten Ziel liegen, nur die Wahrnehmung der mit dem Allgemeinwohl verträglichen Benutzungen weiter möglich sein zu lassen, denn es ist durchaus denkbar, die unter diesem Gesichtspunkt gebilligten alten Tätigkeiten nach ihrer Ausübungsart aufzuzählen und in verschiedenen Gruppen zusammenzufassen.

Der Grund für die gewählte Art der Einteilung liegt vielmehr im wesentlichen in zwei innerlich miteinander verbundenen Tatsachen: die eine besteht in dem Rechtscharakter des WHG als Rahmengesetz und die andere in der geschichtlichen Herkunft der Rechtsgrundlagen, die den alten Benutzungen zugrunde liegen.

I: Die Schwierigkeiten aufgrund des Rahmencharakters des WHG

Die in Art. 75 Ziff. 4 GG dem Bundesgesetzgeber zugestandene Kompetenz ist auf den Erlaß von Rahmenvor-

schriften beschränkt. Daraus ergibt sich, daß im WHG für die inhaltlich wie der Herkunft ihrer Rechtsgrundlagen nach verschiedenartigen alten Benutzungen eine Formulierung gefunden werden mußte, die zwar eine Abgrenzung der Benutzungen untereinander in der Weise festschreibt, daß das oben beschriebene, mit den §§ 15-17 WHG verfolgte Ziel - die Beachtung des Wohls der Allgemeinheit -, von allen diese Vorschriften ausfüllenden Ländergesetzen angestrebt und erreicht werden mußte, die es aber den Ländern andererseits gestattete, die alten Benutzungen vom Inhalt der Tätigkeiten her unter Wahrnehmung der sie beeinflussenden geographisch-hydrologischen und historischen Besonderheiten der Gegend einzuteilen, ohne hier durch die Bundesregelung bereits eingeengt zu sein[1]. Daher konnte die Definition der alten Benutzungen im WHG nur von den Rechtsgrundlagen, nicht von ihrem Inhalt her, erfolgen.

1) Die rechtliche Behandlung der alten Benutzungen in den das WHG ausfüllenden Landeswassergesetzen:

Ihrer Pflicht zur Ausfüllung des im Rahmen gelassenen materiellen Spielraums folgend haben die zehn Bundesländer und Berlin nach dem Inkrafttreten des WHG eigene Gesetze zur Ordnung des Wasserhaushalts erlassen die durch das gemeinsame Fundament des WHG miteinander verbunden sind[2].

In diesen Gesetzen haben die Länder die alten Benutzungen innerhalb der vom Rahmen des WHG gegebenen Möglichkeiten, materiell ihren Verhältnissen entsprechend, geregelt. Dabei ergibt sich zusammengefaßt folgendes Bild: Der Regelung des § 15 I WHG - die alten Benutzungen der ersten Gruppe betreffend - haben sich folgende Länder

---

1) Vgl. dazu Sievers, S. 262, Fußnote 7.
2) Burghartz, Einführung, Seite 68.

angeschlossen: Bayern (Art. 96 I BayWG), Berlin (§ 105 I Nr. 1 BlnWG), Hamburg (§ 111 I HbgWG) und Schleswig-Holstein (§ 106 I SchlHWG). Die anderen Bundesländer sind von dieser Einteilung abgewichen: Nordrhein-Westfalen (§ 126 I Nr. 1 LWGNW), Rheinland-Pfalz (§ 136 I Nr. 1 LWGRhPf) und das Saarland (§ 127 I Nr. 1 SWG) haben eine neue Erlaubnis oder Bewilligung nur für die Fälle des § 15 I Nr. 1 WHG für nicht erforderlich erklärt. Bremen (§ 32 I BremWG) und Niedersachsen (§ 31 I NdsWG) haben, hier noch weiter einschränkend, nur diejenigen alten Benutzungen, die auf einem nach den Landeswassergesetzen "erteilten" Recht beruhen, erlaubnis- und bewilligungsfrei sein lassen. Großzügiger sind Baden-Württemberg (§ 122 I Nr. 1,2 BdWttbgWG) und Hessen (§ 118 I Nr. 1,2 HessWG) verfahren, die eine Erlaubnis oder Bewilligung in den Fällen des § 15 I Nr. 1 und 3 WHG nicht für nötig halten, wobei dies bei den Anlagen - einschränkend - allerdings nur für solche zur Wasserkraftnutzung gilt.

Da § 15 II WHG einer Ausfüllung nicht zugänglich ist, wird er von den meisten Landeswassergesetzen nicht erwähnt und gilt in diesen Ländern dann unmittelbar.

Von der in § 15 III WHG eingeräumten Möglichkeit, bestimmte andere alte Benutzungen denen in § 15 I WHG gleichzustellen, haben Bremen, Hamburg, Niedersachsen und Schleswig-Holstein keinen Gebrauch gemacht. Nordrhein-Westfalen (§ 126 I Nr. 2 LWGNW), Hessen (§ 118 I Nr. 3 HessWG) und Berlin (§ 105 I Nr. 2 BlnWG) haben die Regelung des WHG als landesrechtliche Bestimmung gefaßt, Bayern (Art. 96 II BayWG) hat die in Betracht kommenden Verfahren einzeln aufgeführt, während Baden-Württemberg (§ 122 I Nr. 3 BdWttbgWG), Rheinland-Pfalz (§ 136 I Nr. 2 LWGRhPf) und das Saarland (§ 127 I Nr. 2 SWG) eine den Rahmen des WHG überschreitende Regelung getroffen haben, die deshalb im Sinne der Grenzen des

§ 15 III WHG einschränkend auszulegen ist[1].

In wesentlich geringerem Umfang sind Ausfüllungsvorschriften für § 17 WHG - die alten Benutzungen der zweiten Gruppe betreffend - erlassen worden. Die meisten Länder (Baden-Württemberg, Berlin, Hamburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und das Saarland) haben lediglich bestimmt, daß die nach Ablauf von fünf Jahren erforderliche Erlaubnis oder Bewilligung auch unter dem Vorbehalt des § 5 WHG steht.

2) Der materielle Charakter der Bestimmungen über die alten Benutzungen in den Landeswassergesetzen und dem WHG:

Bis auf Bremen und Niedersachsen haben alle Bundesländer die Regelungen betreffend die alten Benutzungen in ihren Gesetzen bei den Übergangsbestimmungen eingeordnet. In der Tat handelt es sich dabei jedoch nicht um ein Überleitungsproblem, denn die Vorschriften regeln nicht zeitlich beschränkt eine Formangelegenheit, sondern enthalten die materiellen Bestimmungen, aufgrund deren die alten Benutzungen innerhalb der vom WHG rahmenmäßig bestimmten neuen Wasserhaushaltsordnung weiter ausgeübt werden dürfen. Daran ändert auch die teilweise nach fünf Jahren erforderliche Überführung auf die neuen Rechtsgrundlagen nichts. Die Ländervorschriften sind daher ebensowenig Übergangsbestimmungen wie - heute unbestritten - die von ihnen ausgefüllten §§ 15-17 WHG[2].

---

1) Vgl. im einzelnen Gieseke-Wiedemann, § 15 Randnr. 11.
2) Vgl. Abt in WWi 58, 205 (205); Kübler in DÖV 58, 728 (729).

II: Die in den Rechtsgrundlagen der alten Benutzungen liegenden Schwierigkeiten:

Die in den Rechtsgrundlagen liegenden Schwierigkeiten bei der Erfassung der alten Benutzungen beruhen auf der Zersplitterung der sie bisher regelnden Landesrechte in den vergangenen Jahrhunderten.

1) Die vom WHG zu lösenden Probleme:

Wie jedes neue Wassergesetz mußte auch das WHG den durch frühere Normen oder Gewohnheitsrecht geschaffenen tatsächlichen Zustand der Wasserwirtschaft und der bestehenden Benutzungsrechte berücksichtigen und bei seinen neuen Vorschriften als gegeben hinnehmen. Wegen der zahlreichen selbständigen Staaten, die auf deutschem Boden noch bis ins 19. Jahrhundert bestanden, ihrer voneinander oft sehr verschieden verlaufenen Geschichte und ihrer damit zusammenhängenden Zugehörigkeit zu Gebieten voneinander abweichender Rechtssysteme waren die Gesetze, mithin also auch die Wassergesetze, in den einzelnen Staaten sehr unterschiedlich. Da mit der Einführung des BGB eine reichsrechtliche Regelung der zuvor von den Einzelstaaten wahrgenommenen gesetzlichen Ordnung des Wasserhaushalts nicht durchgeführt wurde[1], blieb das Wasserrecht weiterhin nach Geltungsbereichen zersplittert und in Aufbau und Terminologie unterschiedlich. Daran änderten auch die aus diesem Anlaß nach der Jahrhundertwende von einigen größeren Ländern[2] neu geschaffenen Kodifikationen nichts, da auch sie notwen-

1) Vgl. Art. 65, 66 EGBGB; die Gründe dafür waren vor allem die Ansichten, daß das Wasserrecht "im einzelnen nur nach dem Bedürfnis und den geschichtlich gegebenen Verhältnissen größerer oder kleinerer Bezirke geregelt werden" könnte und daß "der meist polizeiliche Inhalt der einschlägigen Vorschriften ein weiteres Hindernis der Kodifikation bildete"; Motive zum Entwurf des BGB Band III, S. 5.

2) Preußen, Bayern, Sachsen, Württemberg, Baden, Thüringen, Mecklenburg.

digerweise auf ihren Vorgängern aufbauen mußten und für Deutschland ebenfalls nur partikulare Geltung besaßen. Als Beispiel für die Zersplitterung mag dienen, daß vor der jetzt geltenden Gesetzesregelung ein einheitliches Gewässersystem wie das der Weser mit ihren Nebenflüssen die Wasserrechtsgebiete von Thüringen, Hessen, Braunschweig, Lippe-Detmold[1], Schaumburg-Lippe, Preußen, Bremen und Oldenburg durchfloß; dabei lagen die Gebiete noch nicht einmal geschlossen hintereinander, sondern wechselten mehrfach miteinander ab. Ebenso wie unter der RV[2] verblieb auch unter der WRV[3] die Gesetzgebungszuständigkeit in den Angelegenheiten der Wasserwirtschaft bei den Ländern, sodaß eine Vereinheitlichung oder Angleichung der Regelungen ausblieb.

Wegen der gegenüber einem mengenmäßig stets gleichbleibenden Wasserschatz quantitativ wie qualitativ stets wachsenden menschlichen Anforderungen und wegen der in ihrer Gesamtheit - bei größerem Umfang auch im einzelnen - stets weiträumigen und Ländergrenzen überschreitenden Auswirkungen wasserwirtschaftlicher Maßnahmen ist ein einheitliches Wasserrecht Voraussetzung einer planvollen Ordnung des Wasserhaushalts. Dieser stand bis zur Schaffung der Bundesländer noch ein erst durch deren Bildung beseitigter Grundsatz entgegen, der besagte, daß die alten Länder sich wasserrechtlich gegenseitig als Ausland betrachten und bei der Ausgestaltung ihrer Wassernutzungen keine Rücksichten auf das Nachbarland nehmen, es sei denn, dies läge im öffentlichen Interesse.

---

1) Seit dem 1.4.1952 preußisches Wasserrecht eingeführt zwecks Vereinheitlichung des Wasserrechts innerhalb Nordrhein-Westfalens; Lippe-Detmold wurde nach dessen Gründung ein Teil des neuen Bundeslandes.
2) Verfassung des Deutschen Reiches vom 16.4.1871 (RGBl. S. 64).
3) Weimarer Verfassung vom 11.8.1919 (RGBl. S. 1383).

Genauso vielfältig wie diese Wassergesetze waren auch die Rechtsgrundlagen der Benutzungen, wobei sachliche Gleichartigkeit der Tätigkeiten nicht auch rechtliche Gleichbehandlung von Land zu Land bedeutete. So konnte beispielsweise ein Wassernutzungsberechtigter für die gleiche Benutzungsart in dem einen Rechtsgebiet ein unentziehbares Privatrecht, in dem anderen hingegen nur eine jederzeit widerrufliche polizeiliche Genehmigung erwerben. Bei einer Überführung der alten Benutzungen in eine neue rechtliche Ordnung hätte eine Einteilung, die von den Tätigkeiten selbst ausgegangen wäre, eine Gleichbehandlung unterschiedlich starker Rechtspositionen und möglicherweise in einigen Fällen auch eine Durchbrechung des vom WHG angestrebten und auch für die alten Benutzungen geltenden Grundsatzes mit dem in § 6 WHG formulierten Ziel zur Folge gehabt. Um das zu vermeiden, konnten somit nur die Rechtspositionen der Benutzungen die Grundlage für eine Gliederung bilden, nach der sich die zukünftige rechtliche Behandlung der alten Benutzungen richten sollte.

2) Die Schwierigkeiten für die Landesgesetzgeber:

Bei der materiellen Ausfüllung des vom WHG gegebenen Rahmens haben auch die Länder - von einer Ausnahme abgesehen[1] - nicht den Weg einer Bestimmung der alten Benutzungen vom Inhalt der Tätigkeit her und einer auf dieser Grundlage beruhenden Einteilung beschritten, sondern sich - wie bereits gezeigt wurde - nicht nur des gleichen Systems, sondern auch der gleichen Klassi-

1) § 105 I Nr. 4 BlnWG: "Eine Erlaubnis oder Bewilligung ist nicht erforderlich für vorübergehende Grundwasserabsenkungen im Rahmen von Bauarbeiten, wenn für die Einleitung des Grundwassers eine Unbedenklichkeitsbescheinigung und für die Einleitungsanlage eine Genehmigung nach bisherigem Recht erteilt worden ist und die Einleitungsanlage bei Inkrafttreten dieses Gesetzes vorhanden ist".

fizierung wie das WHG bedient. Der Grund dafür ist der gleiche wie schon beim WHG: Da die heutigen Bundesländer, durch deren Grenzen der räumliche Geltungsbereich der Landeswassergesetze abgesteckt wird, nach 1945 neu geschaffen worden sind, decken sie sich gebietsmäßig nicht mit den früheren Ländern im Bereich der BRD. Bis auf Nordrhein-Westfalen, wo einheitlich preußisches Wasserrecht galt, fanden daher auch die Landesgesetzgeber innerhalb ihres jeweiligen Bereichs Zustände vor, die auf unterschiedlichen Normen beruhten. Innerhalb einiger Bundesländer[1)] gehörten die verschiedenen Wassergesetze sogar unterschiedlichen Rechtsgebieten an. Aus diesen Gründen mußte auch in den Landesgesetzen die Einteilung der Benutzungen von ihren Rechtsgrundlagen her erfolgen. Auch in Nordrhein-Westfalen war nichts anderes möglich, da hier vor dem preußischen in einigen Gebietsteilen französisches Recht galt, das noch Grundlage mancher Benutzung sein konnte.

B: Die heutige Bedeutung der früheren Gesetze für die aufrechterhaltenen Benutzungen

Wenn auch mit dem Inkrafttreten des WHG sowie der einzelnen Landeswassergesetze - und der durch sie eingeführten Ordnung des Wasserhaushalts - aufgehoben, haben die früheren Wassergesetze ihre Bedeutung dennoch nicht verloren. Die im WHG und in den Landeswassergesetzen enthaltenen Vorschriften über die alten Benutzungen bestimmen nur die Rechtsgrundlagen, nach denen die alten Einwirkungen weiter wahrgenommen werden können. Bereits für die Klärung der Frage, ob eine Benutzung überhaupt weiter ausgeübt werden darf, muß zum Zwecke der Einordnung ihrer Rechtsgrundlage in das System der heutigen Aufrechterhaltungsregeln stets auf ihre wasserrechtlichen

1) Z.B. Baden-Württemberg, Niedersachsen.

Entstehungsgründe zurückgegangen werden. Aber nicht nur hierfür sind die älteren Rechtsvorschriften - Gesetze, Verordnungen, Gewohnheitsrecht und Urteile - von Behörden wie Gerichten noch stets heranzuziehen. Aus ihnen bestimmen sich bis heute Inhalt und Umfang der aufrechterhaltenen Tätigkeiten und aus ihnen ergeben sich die Beziehungen zu benachbart ausgeübten Benutzungen. Auf diesem Wege können die alten Rechtsvorschriften sogar Auswirkungen auf neu zuzulassende Benutzungen haben, da die solchermaßen vorhandene Ausnutzung der Gewässer zur Abweisung einer neuen Tätigkeit führen oder zumindest zum Auffinden einer Ausgleichung veranlassen kann, weil der Wasserlauf eine weitere Einwirkung nicht mehr verkraftet. Frühere Vorschriften müssen des weiteren heute noch stets herangezogen werden zur Bestimmung der Beziehungen zwischen alten Benutzungen und dem Anliegereigentum, zur Klärung des Umfangs eines möglichen Rechts auf Zufluß oder der Zulässigkeit von Wirkungen, die von den Benutzungen gegenüber Dritten ausgehen sowie zum Erkennen von Nebenverpflichtungen bei den alten Benutzungen. Die derzeit geltenden Landeswassergesetze verweisen deshalb zum Teil ausdrücklich auf frühere Vorschriften[1].

---

1) § 122 II BdWttbgWG; § 105 II BlnWG; § 36 I BremWG; § 111 I HbgWG; § 118 II HessWG; § 35 I NdsWG; § 136 II WGRhPf; § 127 II SWG; § 106 II SchlHWG.

3. Abschnitt: Ziel der Arbeit

Diese älteren Vorschriften sind wegen der Rechtszersplitterung in Deutschland ausgesprochen vielfältig. Sie erschweren daher nicht nur einen Überblick über die rechtlich zulässigen Benutzungen - von denen sie selbst nicht nur neue begründeten, sondern ihrerseits wiederum ältere aufrechterhielten -, sondern sie stehen auch auf dem Boden unterschiedlicher Rechtssysteme mit der Folge ebenso unterschiedlicher Ausgestaltung der Rechtsgrundlagen der Benutzungen. Subsidiär hinter den alten Wasserrechten - in manchen Gebieten zeitweise primär - waren für die Wasserwirtschaft auch die allgemeinen Gesetze bedeutsam.

Den bei dieser Zersplitterung und Verwobenheit nicht vorhandenen Überblick darüber, in welchen systematischen Zusammenhängen Rechtspositionen, die bis heute überkommen sind, gesehen werden müssen, soll die vorliegende Arbeit zu geben versuchen. Aufgrund der oben geschilderten heutigen Regelungen ist dies nicht möglich.

Ebensowenig ist aus den heutigen Gesetzen ohne weiteres ersichtlich, wie groß der Fächer der bis heute aufrechterhaltenen Benutzungen ist. Daher soll die Arbeit auch diesen sichtbar werden und erkennen lassen, welche alten Tätigkeiten in welchem Umfang und mit welcher rechtlichen Stärke ausgestattet als Benutzungen unter dem derzeitigen Wasserrecht wahrgenommen werden können. Hierbei sollen auch die Veränderungen deutlich gemacht werden, die die Benutzungen in ihrer rechtlichen Ausgestaltung sowie aufgrund der sich wandelnden Technik erfahren haben.

Die Darstellung soll aus diesen Gründen in der Form geschehen, daß die geschichtliche Entwicklung der inhaltlichen Ausgestaltung der verschiedenen Benutzungen und

ihres rechtlichen Schicksals verfolgt werden. Um die Materie überschaubar zu gestalten, wird die Darstellung sich bemühen, über lange Zeit gleichgebliebene Grundlagen herauszuarbeiten und in den Vordergrund zu stellen. Das erleichtert es auch, Besonderheiten und geschichtliche und dogmatische Zusammenhänge besser sichtbar werden zu lassen.

Die Entwicklung des Wasserrechts, deren Objekt die Benutzungen sind, fand nicht im leeren Raum statt, sondern ist Teil der Gesellschafts- und Rechtsordnung der jeweiligen Zeit. Auch die nach und nach aufkommenden Wassergesetze richten sich danach, sind aber darüberhinaus abhängig von den geographisch-hydrologischen Unterschieden der Länder. Des weiteren haben teilweise auch politische Gesichtspunkte und Absichten verschiedenartige Regelungen entstehen lassen. Das Ziel der Arbeit kann daher nicht ohne einen Überblick über die geographisch-politische Entwicklung sowie die allgemeine Rechtsgeschichte erreicht werden. Auf diesem Gerüst fußend werden dann die wichtigsten wasserwirtschaftlichen Spezialgesetze der Länder im einzelnen aufgeführt werden[1].

---

1) Es werden die einzelnen Gesetze ihrem Titel nach aufgeführt, um einen Eindruck von Intensität und Umfang der Beschäftigung mit dem Wasser zu vermitteln, vor allem aber, um mit den Rechtsgrundlagen der Benutzungen bekannt zu machen. Einen Überblick über die Entwicklung des gesamten Wasserrechts eines jeden einzelnen Landes zu geben, ist zur Erreichung des Ziels der Arbeit nicht erforderlich. Zusammenfassungen dieser Art finden sich bereits mehrfach in der Literatur, so z.B. bei: Hoehne, S. 8-22; Kloess 08, S. 2-157.

Teil 2: Abriß der geschichtlichen Einbettung und Entwicklung der Wassergesetze.

1. Abschnitt: Allgemeiner Überblick.

A: Die geographisch-politische Entwicklung.

Die rechtsgeschichtliche Entwicklung in Deutschland - mithin auch die des Wasserrechts - ist ein Spiegel der geographisch-politischen Entwicklung. Dies ist nicht nur für den räumlichen Geltungsbereich der Gesetze, sondern auch für ihre inhaltliche Ausgestaltung von Bedeutung. Für diese war die Zugehörigkeit der Länder zu einem der der drei großen Rechtsgebiete, die um die Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert in Deutschland entstanden, von grundlegender Bedeutung. Die Zugehörigkeit zum Gebiet des Gemeinen -, des Französischen - oder des Preußischen Allgemeinen Landrechts hing dabei nicht nur von der geographischen Lage der Länder, sondern auch von ihren politischen, bzw. herrscherhausmäßigen Beziehungen ab.

Dieselben Kriterien waren es unter anderem auch, die zuvor die unterschiedliche Stärke der Rezeption des römischen Rechts beeinflußt hatten, die gegen Ende des Mittelalters in Deutschland vor sich ging.

Im Laufe der Jahrhunderte sind die Ländergrenzen im deutschen Raum teilweise einschneidend verändert worden. Das hatte auf dem Gebiet des Wasserrechts häufig zur Folge, daß die Geltungsbereichsgrenzen bestehen geblieben oder ältere Wassergesetze mitten innerhalb neuer Länder lagen. Diese Tatsache war besonders dann störend, wenn aus bestimmten Gründen - wie eben bei den alten Benutzungen - auf frühere Gesetze zurückgegriffen werden mußte. Letztmalig ereignete sich ein derartiger Umbruch bei der Bildung der neuen Bundesländer innerhalb der BRD.

I: Die Zusammensetzung der heutigen Bundesländer:

Die heutige Ländereinteilung in der BRD wurde von den Siegermächten des 2. Weltkrieges, in weitem Umfang ihren Besatzungszonen folgend, festgelegt. Dabei wurden meist mehrere frühere Einzelländer zusammengefaßt, sodaß folgendes Bild entstand:

Schleswig-Holstein: entstanden aus der preußischen Provinz gleichen Namens;

Hamburg: wurde in seinem Teritorialbestand wie seit der Gebietsbereinigung im Jahre 1937 belassen;

Niedersachsen: wurde gebildet aus der preußischen Provinz Hannover und den Ländern Oldenburg (dem früheren Großherzogtum), Braunschweig (ehemaliges Herzogtum) und Schaumburg-Lippe (Bückeburg) (dem früheren Fürstentum);

Bremen: bestehend aus der früheren Hansestadt Bremen im Gebietsbestand vom 1.11.1939 und der 1947 in das Bundesland eingegliederten Stadt Bremerhaven (aus Niedersachsen, bzw. Hannover);

Nordrhein-Westfalen: entstand aus der preußischen Provinz Westfalen, dem Land Lippe-Detmold (ehemaliges Fürstentum) und der preußischen Rheinprovinz (mit Ausnahme der heute im Saarland und in Rheinland-Pfalz gelegenen Landesteile, da in seiner Südgrenze der Abgrenzung zwischen britischer und französischer Besatzungszone folgend);

Rheinland-Pfalz: wurde gebildet aus dem südlichen Teil der preußischen Rheinprovinz, der zuvor bayerischen Rheinpfalz sowie der linksrheinischen Teile des Landes Hessen (des früheren Großherzogtums Hessen-Darmstadt) - etwa von Bingen bis Worms -;

Saarland: bestehend aus dem südwestlichen Teil der preußischen Rheinprovinz und dem früher zur bayerischen Rheinpfalz gehörenden St. Ingbert;

Hessen: entstand aus der preußischen Provinz Hessen-Nassau und dem rechtsrheinischen Teil des Landes Hes-

sen (des ehemaligen Großherzogtums Hessen-Darmstadt) - vor allem den Gebieten um Darmstadt, Offenbach sowie Gießen, Büdingen und Alsfeld -;

Baden-Württemberg: bestehend aus den Ländern Baden (früheres Großherzogtum), Württemberg-Baden (ehemaliges Königreich Württemberg) und Württemberg-Hohenzollern (preußische Provinz Hohenzollern) sowie kleinen hessen-darmstädtischen Gebietsteilen - Bad Wimpfen -;

Bayern: wurde gebildet aus dem früheren Land Bayern (ehemaliges Königreich) unter Abtrennung der Rheinpfalz.

II: Die Entstehung des preußischen Gebietsumfanges:

Aus dieser Übersicht ergibt sich, daß vor dem heutigen Zustand ungefähr die Hälfte des Bundesgebietes der preußischen Landesgesetzgebungskompetenz unterworfen war. Außer einigen Enklaven im Norden (Hamburg, Bremen, Oldenburg, Braunschweig, Schaumburg-Lippe und Lippe-Detmold) blieben nur die süddeutschen Länder selbständig.

1) Die Besonderheiten beim Gebietszuwachs für den Geltungsbereich der Gesetze:

Die Geschichte der preußischen Gebietserweiterungen - und damit auch des Übergangs der Gesetzgebungszuständigkeit - ist für die Entwicklung des Wasserrechts von spürbaren Auswirkungen. Sie verdient nicht nur wegen ihres räumlichen Umfangs nähere Beleuchtung, sondern auch wegen des in den neugewonnenen Ländern geübten gesetzgeberischen Verfahrens, dessen Eigenart viel zur Unübersichtlichkeit im Wasserrecht beigetragen hat. Dieses Verfahren bestand darin, in den jeweils neuen Gebieten und Landesteilen zwar die preußische Verfassung einzuführen, die einzelstaatlichen Gesetze aber bestehen zu

lassen. Ausnahmen bestätigen diese Regel. Preußische Gesetze galten daher nur dann in den neu erworbenen Ländern, wenn sie jeweils erst nach deren Hinzugewinnung erlassen worden waren, sodaß teilweise alte Landes- und neue preußische Vorschriften nebeneinander bestanden. Da ein preußisches Wassergesetz somit grundsätzlich nur in den Gebieten galt, die bei seinem Erlaß bereits preußisch waren, wurde in den erst später erworbenen Ländern jeweils bis zu einer Gesetzesneuregelung noch das betreffende Partikularrecht angewendet.

Bei einer Zurückverfolgung der Entwicklung des preußischen Wasserrechts hat das die Auswirkung, daß mit entfernter werdender Geschichte der Geltungsbereich der preußischen Gesetze immer kleiner wird, umgekehrt aber der Fächer der zu verfolgenden Einzelentwicklungen, die in die preußische eingemündet sind, immer breiter.

2) Überblick über das Wachsen Preußens:

Ein Überblick über den Vorgang der Vergrößerung Preußens vermittelt schematisiert folgendes Bild:

Seine größte Ausdehnung hatte der preußische Staat - soweit es den Untersuchungsbereich betrifft -, als er am 25.2.1947 durch Kontrollratsgesetz Nr. 46[1] aufgelöst wurde. Die Provinzen und Länder Preußens auf dem Gebiet der BRD umfaßten zu dieser Zeit folgenden Bestand:

Schleswig-Holstein: entstanden aus den Herzogtümern Schleswig (1866)[2][3], Holstein (1866) und Lauenburg (1876), dem 1803 mit dem Herzogtum Oldenburg vereinigten Fürstentum Lübeck (1937) und der Hansestadt Lübeck (1937);

---

1) Amtsbl. d. Kr. S.262.
2) In Klammern die Jahreszahl der Gebietserwerbung.
3) Mit Ausnahme des durch Versailler Vertrag und Volksabstimmungen im Jahre 1920 abgetrennten heute dänischen Nordschleswig.

Hannover: bestehend aus dem Gebiet des ehemaligen Königreichs gleichen Namens (1866) - mit kleineren Grenzbegradigungen in den Jahren 1941, 1942; einem links der Ems gelegenen Streifen der Vereinigten Niederlande - Grafschaft Bentheim - (1866); Osnabrück (1866); dem Fürstentum Ostfriesland - der Raum um Emden und Aurich - (1744); der Grafschaft Lingen (1702); Cuxhaven (1937) und dem Fürstbistum Hildesheim (1803);

Westfalen: entstanden aus den als Altpreußen zu bezeichnenden, im jülisch-klevischen Erbfolgestreit durch den Vergleich von Xanten erworbenen Gebieten der Grafschaften Mark (1614) und Ravensberg (1614) und dem Fürstbistum Minden (1648) sowie den neu gewonnenen Fürstbistümern Münster (1815) und Paderborn (1815), dem Herzogtum Westfalen-Arnsberg - (1815) und dem Fürstentum Siegen (1815)[1];

Rheinprovinz: bestehend aus den altpreußischen rheinischen Besitzungen des Herzogtums Kleve (seit dem Vergleich von Xanten, 1614; in dem linksrheinischen Teil von 1801 bis 1813 unter französischer Hoheit), den Gebieten um Moers (1702) und Obergeldern (1713) (beide zwischen 1801 und 1813 französisch) und den Abteien Essen (1803) und Werden (1803); dazu den zwischen 1815 und 1824 erhaltenen weiteren Gebieten der Provinz Jülich-Kleve-Berg (vor allem Kurköln) und der Provinz Niederrhein (Kurtrier)[2], sowie im Süden Lichtenberg (1834), Meisenheim (1866), dem zuvor zum Großherzogtum Oldenburg gehörenden Fürstentum Birkenfeld (1937) und dem Saargebiet (1815 bis 1918 und seit der Volksabstimmung 1935);

Hessen-Nassau: zur Hauptsache entstanden aus dem früheren Kurfürstentum Hessen-Kassel - Kurhessen - (1866),

---

1) Staatsvertrag vom 31.5.1815.
2) Mit Ausnahme der durch Versailler Vertrag und Volksabstimmungen im Jahre 1920 abgetrennten Gebiete um Eupen und Malmedy.

dem Herzogtum Nassau (1866), der Hansestadt Frankfurt (1866), der ehemals hessen-darmstädtischen Landgrafschaft Hessen-Homburg (1866), kleinen ehemals bayerischen Gebieten (1866) und dem Fürstentum Waldeck (1929);

Hohenzollern: die ehemaligen Fürstentümer Hohenzollern-Sigmaringen und -Hechingen (7.12.1849).

Der Überblick zeigt, daß sich die Vergrößerung des preußischen Staates im wesentlichen in zwei Etappen vollzog - soweit sie für den Gesetzesrückblick von Interesse ist -: Die letzte bedeutende Erweiterung bewirkte der Frieden von Prag am 23.8.1866, als Preußen Schleswig-Holstein, Hannover und Hessen-Nassau erhielt. Der letzten hier vorausgegangenen Vergrößerung lag die Schlußakte des Wiener Kongresses vom 9.6.1815 zugrunde. Durch sie erhielt Preußen zu seinen alten Besitzungen in Westfalen die anderen Teile der späteren gleichnamigen Provinz und zu seinen Gebieten am Rhein weitere Länder der späteren Rheinprovinz.

Als größte zusammenhängende Gebiete lagen vor dieser Zeit im Bereich preußischer Gesetzgebungszuständigkeit vor allem die fränkischen - später zu Bayern gekommenen - Hohenzollernfürstentümer Ansbach (1791) und Bayreuth (1791). Das heute zum Geltungsbereich des WHG gehörende Westberlin war seit alters der preußischen Gesetzgebung unterworfen.

III: Die nicht preußischen Länder:

Nicht in Preußen einverleibt war das Land Hessen-Darmstadt, das nach 1945 aufgelöst wurde und mit seinen Gebieten in den heutigen Ländern Rheinland-Pfalz, Hessen und Baden-Württemberg lag. Das zuletzt genannte Bundesland ist ebenso wie Rheinland-Pfalz in seiner heutigen Gestalt erst nach dem 2. Weltkrieg gebildet worden, anders als jenes jedoch im wesentlichen aus nicht preußi-

schen Gebieten. Ebenfalls ohne Einfluß war die Entwicklung Preußens auf den Bestand des Landes Bayern - von kleinen Abtretungen 1866 abgesehen. Vielmehr wurden die früheren Hohenzollernfürstentümer Ansbach und Bayreuth Teile des bayerischen Staates. Nie preußisch, aber nach 1945 zur Bildung größerer Bundesländer aufgelöst, wurden die Länder Hansestadt Lübeck, Oldenburg, Braunschweig, Lippe-Detmold und Schaumburg-Lippe. Bis heute selbständig sind die Freie und Hansestadt Hamburg und die Hansestadt Bremen.

B: Überblick über die Entwicklung der allgemeinen Gesetze:

Diese in den Grundzügen skizzierten geographischen und politischen Veränderungen beeinflußten die allgemeinen Gesetze - vor allem im Hinblick auf ihren Geltungsbereich - entscheidend.

I: Frühmittelalter:

Bis zur Rezeption des römischen Rechts zu Ende des Mittelalters waren diese Gesetze ausschließlich deutschrechtlichen Inhalts. Dabei ist zwischen den Volksrechten und den sie im 11. Jahrhundert ablösenden Territorialitätsrechten, dargestellt durch die großen Rechtsbücher des Mittelalters, zu unterscheiden. Dieser Umbruch hat folgenden Hintergrund: Die Volksrechte gründeten auf dem Personalitätsprinzip. Die germanischen Stämme hatten sich nach der Landnahme im Verlauf der mit dem 5. Jahrhundert abgeschlossenen Völkerwanderung von Nomaden zu Ackerbauern gewandelt. Die stammesmäßige Verbundenheit blieb dabei noch über lange Zeit erhalten, gekennzeichnet durch die Einteilung in Geschlechter, Sippen, Hundertschaften und Gaugenossenschaften.

Einsetzend mit der durch den Frieden von Verdun im Jahre 843 erfolgten Trennung Deutschlands und Frankreichs wuchs die Macht der Könige und Fürsten sowie unter ihrem Schutz die Immunität von Vasallen, Freien und Rittern. Die beginnende Hörigkeit der Bauern sowie das aufgrund der Erklärung der königlichen Beamten (Grafen, Markgrafen) zu reichsunmittelbaren Fürsten aufkommende Landesherrentum führten zum Vergessen der Stammeszugehörigkeiten und zu einer Sicht der Entwicklung unter vorwiegend gebietsmäßigen, territorialen Gesichtspunkten.

II: Hochmittelalter:

Das Recht des Hochmittelalters ist durch das Territorialitätsprinzip gekennzeichnet. Dabei war die Reichsgesetzgebung zunächst von geringerer Bedeutung und das Recht bildete sich als Landes- und Ortsrecht im gewohnheitlichen Verkehr, bevor es in Rechtsbücher niedergelegt, überliefert und zum Teil in breiterem Geltungsbereich übernommen wurde. Das bedeutendste dieser Bücher, die keine staatlichen, sondern private Aufzeichnungen waren, stellt der um 1225 von dem Patrizier und Schöppen am Schöppenstuhl und Oberhof zu Halle a.S. Eyke von Repgow verfaßte Sachsenspiegel dar. Er fand nicht nur weite Verbreitung in Deutschland (u.a. Lauenburg, Preußen, Westfalen, Bayern, Hansestädte sowie Teile Holsteins und Oldenburgs), sondern er wirkte auch bis Holland, Österreich und Rußland und enthielt in seinem II. Buch, Kapitel 28 zahlreiche, z.T. sehr ins einzelne gehende wasserrechtliche Vorschriften, so vor allem uber Eigentum und Gewässereinteilung, aber auch über die Freihaltung der Gewässer für die Schiffahrt und über Angelegenheiten der Fischerei. Neben dem Sachsenspiegel, teilweise auf ihm fußend, gab es noch zahlreiche andere Rechtsbücher, so den Spiegel deutscher Rechte, das Rechtsbuch nach Distinktionen, das Eisenachische Rechts-

buch, den Schwabenspiegel, das kleine Kaiserrecht für Franken und Thüringen, in Oberbayern Kaiser Ludwigs Rechtsbuch von 1346 und das Rechtsbuch von Johann Rothe aus Eisenach (um 1400), letzteres wieder besonders zahlreiche wasserrechtliche Bestimmungen enthaltend.

Insgesamt lassen sich in Deutschland zwei größere Gebiete (sächsischen und fränkischen) und zwei kleinere (schwäbischen und bayerischen Rechts) feststellen[1].

III: Rezeption:

Mit dem Ende des Mittelalters beginnt infolge der enger werdenden kulturellen Beziehungen zum Süden die Aufnahme des römischen Rechts in das deutsche Reichs- und Partikularrecht. Diese Aufnahme wurde angeregt durch die Kreuzfahrer und die reger werdenden Handelsbeziehungen mit dem Süden; sie wurde auch dadurch begünstigt, daß die volkstümlichen Laiensrichter durch gelehrte Richter ersetzt wurden, da sich der Schwerpunkt der Rechtsentwicklung seit dem 14. Jahrhundert an die königlichen und landesherrlichen Hof- und Kammergerichte verlagert hatte; deren Juristen waren meist in Italien (Ravenna) ausgebildet worden und daher dessen Recht gegenüber aufgeschlossener als den deutschen Bildungen. Die Rezeption war aus mannigfachen Gründen nicht in allen deutschen Gebieten gleich umfassend; Bayern, das Rheingebiet und Brandenburg nahmen das römische Recht früher und stärker auf als z.B. Sachsen und Thüringen.

Die grundlegenden Unterschiede zwischen dem deutschen und dem römischen Recht bestehen - außer im Inhalt - auch in der äußeren Form und der rechtlichen Systematik. Während die deutschen Rechtssätze - juristische Technik und einen klaren Grundgedanken vermissen lassend[2]-

---

1) Kloess 08, Seite 21.
2) Nieberding-Frank, Einleitung, Seite 9.

auf der Einzelfallschilderung beruhten, sich meist aus konkreten Interessenlagen heraus entwickelten und dabei notwendig lückenhaft bleiben mußten, richtete sich das römische Recht nach allgemein aufgestellten Grundsätzen aus.

Die Rezeption vollzog sich indes nicht so, daß das römische Recht an die Stelle der deutschen Anschauungen trat; ihm wurde vielmehr grundsätzlich nur subsidiäre Geltung beigelegt. In einzelnen Gegenden Deutschlands wurden allerdings im Laufe der Zeit vor allem von den Gerichten[1], deutsche Rechtssätze mehr und mehr beiseite geschoben, sodaß hier deutschrechtlich ergänztes italienisches Statutarrecht sich einbürgerte. Einzelne Landesgesetze schafften deutsche Rechtsregeln auch ausdrücklich ab und verhalfen damit dem römischen Recht teilweise zu primärer Geltung. Seit dem Ende des 16. Jahrhunderts nahm der Einfluß deutschen Rechts wieder zu.

Diese Verschiebungen sowie die Anwendung unterschiedlichen materiellen Rechts als Folge der Rezeption beendeten die relative Einheit und Gleichartigkeit der mittelalterlichen deutschen Rechte; diese Entwicklung berührte auch das Wasserrecht.

IV: Das Gemeine Recht:

Grundsätzliches Kennzeichen des Gemeinen Rechts war die subsidiäre Geltung der römischen Bestimmungen. Dieser Zustand wurde weder durch die meisten der nach der Rezeption geschaffenen Landesgesetze noch durch die städtischen Statuten oder die Anwendung ungeschriebener Rechtsüberzeugungen geändert. So konservierte das Gemeine auch viele Unklarheiten aus dem alten deutschen Recht. Den Bedürfnissen von "Wasserhaushalt" und -nutzung vermochte es zumeist nur wenig Genüge zu leisten[2]. Die

1) Gerber, § 3, Seite 5.
2) Nieberding-Frank, Einleitung, Seite 9.

in dieser Zeit des gemeinen Rechts geschaffenen Kodifikationen hatten teilweise auch römisches Rechtsgut aufgenommen und waren sehr verschiedenen Inhalts; bisweilen behandelten sie nur einzelne Rechtsinstitute, bisweilen waren sie aber auch umfassender, wie z.B. der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis von 1756.

Die wichtigsten allgemeinen Gesetzbücher dieser Zeit[1] - von denen einige bis ins 19. Jahrhundert galten - waren neben dem genannten Kurbayerischen Landrecht von 1756 der Sachsenspiegel und das württembergische Landrecht von 1610. In Teilen Kurhessens, Hessen-Nassaus und im Regierungsbezirk Koblenz galt die 1571 veröffentlichte Solmser Gerichts- und Landesordnung; für andere Teile Hessen-Nassaus, in Gebieten Hessen-Darmstadts und Bayerns sowie in Wetzlar war das Mainzer Landrecht von 1755 maßgebend; in weiteren Gebieten Hessen-Darmstadts und Kurhessens sowie in Unterfranken wurde das meist ungeschriebene fuldische Recht geübt. Bedeutsam waren die fränkische Landesgerichtsordnung von 1618 und das im Westen Holsteins angewendete Dithmarscher Landrecht von 1567. Als wichtigstes Stadtrecht war das lübische Recht anzusehen, das außer in Lübeck auch in anderen holsteinischen Städten galt.

Rechtsprechung und Rechtslehre paßten die Normen den mit der Zeit wechselnden Anforderungen des menschlichen Zusammenlebens an, sodaß das gemeine Recht nicht starr, sondern in steter Bewegung und Veränderung blieb.

V: Die großen Rechtsgebiete des 19. Jahrhunderts:

Die Stellung des Gemeinen Rechts als einziges System überörtlicher Normen in Deutschland wurde erst um die Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert beendet. Dies geschah

---

1) Einzelheiten siehe Gerber, §16, S.23 f.

vor allem durch das "Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten" (ALR)[1] und die deutschen Übertragungen des code civil Napoleon: das "Napoleons I. Bürgerliche Gesetzbuch" (NBGB)[2] und das "Badische Landrecht vom 1.1.1810" (BL)[3]. Diesen Gesetzen kam nicht nur wegen ihrer verhältnismäßig großen Geltungsbereiche - die ihnen die politische Entwicklung bescherte - eine starke rechtsvereinheitlichende Wirkung zu, sondern sie markierten auch einen Einschnitt in der deutschen Rechtsentwicklung: bezeichnend für sie war, daß sie das römische Recht formell abschafften und ihm auch seine subsidiäre Bedeutung nahmen. Allerdings waren materiell römisch-rechtliche Grundsätze in unterschiedlicher Stärke in sie eingegangen.

Zu Beginn des 19. Jahrhunderts waren zwei große Rechtsgebiete zu unterscheiden: das eine größere, in dem das römische Recht keine positive oder formelle Geltung mehr hatte, und das andere, das Gebiet des gemeinen Rechts, in dem römisches Recht subsidiär angewendet wurde[4]. Beide Bereiche bildeten keine zusammenhängenden Einheiten.

Das erste Rechtsgebiet bestand aus zwei Räumen, die sich im Laufe der Zeit änderten und deren einen Gesetze mehr deutschrechtlichen, deren anderen mehr römisch-rechtlichen Inhalts ausmachten. Der erste Raum wurde gebildet vom Geltungsbereich des "Allgemeinen Landrechts für die preußischen Staaten"; den anderen formten die Bereiche des "Napoleons I. Bürgerlichen Gesetzbuchs" und des "Badischen Landrechts vom 1.1.1810".

---

1) In Kraft gesetzt zum 1.6.1794 durch Publikationspatent König Friedrich Wilnelms II. von Preußen v. 5.2.1794.
2) Dekretiert am 5.3.1803; in Kraft getreten am 5.3.1803.
3) Am 1.1.1810 in seinen hauptsächlichen Teilen in Kraft gesetzt durch Großherzogliche Verordnung vom 22.6.1809 (Reg.Bl.Nr.26).
4) Von geringerer Bedeutung sind noch die heute in Schleswig-Holstein liegenden Räume jütischen, dänischen und friesischen Rechts.

Das zweite Rechtsgebiet machten die Geltungsbereiche der gemeinrechtlichen Kodifikationen aus.

In allen Gebieten galten Partikularrechte von teilweise wasserrechtlicher Bedeutung[1].

Die Verschiebungen der Geltungsbereichsgrenzen der Rechtsgebiete und -räume waren etwa um die Mitte des vorigen Jahrhunderts zur Ruhe gekommen; der zu dieser Zeit erreichte Zustand blieb bis zum Inkrafttreten des BGB erhalten[2]. Demnach galt - nach heutigen Bezeichnungen - Gemeines Recht in:

Schleswig-Holstein[3], Niedersachsen[4], Hamburg, Bremen, Hessen, Bayern, Württemberg und in den Kreisen Wetzlar, Neuwied, Altenkirchen und Meisenheim des Reg.-Bez. Koblenz.

Das pr. ALR wurde angewendet in:
Niedersachsen im Reg.-Bez. Aurich und den Kreisen Lingen und Duderstadt, in Westfalen, im Rheinland in den Kreisen Duisburg-Stadt, Mühlheim/Ruhr, Essen-Stadt und -Land, und in Rees (Reg.-Bez. Düsseldorf) sowie in Bayern in den Gebieten um Ansbach und Bayreuth (den ehemaligen fränkischen Hohenzollernfürstentümern).

Den Geltungsbereich des Badischen Landrechts nennt bereits der Name des Gesetzes[5]; das NBGB galt:

in den noch nicht genannten Landesteilen Nordrhein-Westfalens (also vor allem im linksrheinischen Gebiet), in Rheinland-Pfalz und Saarland.

Bei einem Vergleich dieser Geltungsbereiche mit dem

---

1) Endemann, Lehrbuch des BGB, I, S.3.
2) Für die wasserrechtlichen Bestimmungen jeweils bis zur Schaffung von Landeswassergesetzen.
3) Mit Ausnahme der in Fußnote 4) S.35 genannten Gebiete.
4) Mit Ausnahme des Reg.-Bez. Aurich sowie der Kreise Lingen (Reg.-Bez. Osnabrück) und Duderstadt (Reg.-Bez. Hildesheim).
5) Es galt auch in Elsaß und Lothringen.

Gebietsbestand, den Preußen bis zum Ende des vorigen Jahrhunderts erreicht hatte, wird die oben erwähnte preußische Eigentümlichkeit deutlich, die dazu führte, daß auch das ALR nur in den bereits 1794 preußischen Gebieten galt. Ausnahmen, vor allem Westfalen, bestätigen diese Regel[1].

Weder das ALR noch der code civil waren geschichts- oder zusammenhanglose Neuschöpfungen. Sie standen auf dem Boden der ihnen in ihrem Kerngeltungsbereich vorangegangenen allgemeinen Gesetze. Dementsprechend unterschiedlich waren auch die römischrechtlichen Einflüsse.

Vor dem ALR galt in den alten Provinzen Preußens das durch den Sachsenspiegel überlieferte Recht. Daher war auch das ALR - aus dem sächsischen Rechtsbereich kommend - vorwiegend deutschrechtlichen Charakters, hatte aber viele römische Rechtsinstitute übernommen[2]. Vor allem so den anderen Eigentumsbegriff. Als Zusammenfassung des geltenden privaten und öffentlichen Rechts sollte auch das gesamte Wasserrecht geregelt werden, fand aber nicht die geplante umfassende Berücksichtigung[3], sodaß weiterhin die - nicht aufgehobenen - Provinzial-

---

1) In den Landesteilen, die erst später teils neu, teils wieder erworben wurden, ist das ALR besonders eingeführt; die wichtigsten sind:
   1) Patent für das Fürstentum Hildesheim und die Grafschaft Goslar v. 8.3.1803. NCC (Novus corpus constitutionum) XI S.1313.
   2) Patent betreffend die Fürstentümer Paderborn und Münster und die Abteien Essen, Verden und Elten vom 5.4.1803.
   3) Patent wegen Einführung des ALR in das Herzogtum Westfalen, das Fürstentum Siegen mit den Ämtern Beerbach und Neuenkirchen und die Grafschaften Wittgenstein-Wittgenstein und Wittgenstein-Berleburg vom 21.6.1825. GS. S.153.
2) Kloess 08, S.84.
3) Das geschah nicht immer absichtlich, sondern z1T. aus Vergeßlichkeit, z.B. bei den fehlenden Regelungen über die Rechtsverhältnisse der Privatflüsse. So Scheele, S.18.

gesetzgebungen und das Gemeine Recht herangezogen werden mußten. Für das Wasserrecht bringt das ALR vor allem römischrechtlich orientierte Einteilungs- und Eigentumsvorschriften. Des weiteren waren - allerdings unvollständig und zerstreut - Bestimmungen über Vorflut und Entwässerung sowie Wassernutzung und Wasserstau enthalten[1]; die nutzbare Seite des Wassers wurde allerdings gegenüber dem Schutz vor dem Wasser vernachlässigt[2].

Trotz dieser Lückenhaftigkeit ist das ALR auf dem Gebiet des Wasserrechts noch ausführlicher als der code civil, der lediglich einige Vorflut- und Nutzungsregelungen enthält[3]. Das wird seinen Grund in der Tatsache haben, daß dieses Gesetzbuch auf einen Zustand bereits umfangreicher die Wasserkultur regelnder Vorschriften in Frankreich traf. Wegen der in der Geschichte Frankreichs begründeten umfassenden und tiefen Einarbeitung und Übernahme des römischen Rechts stehen auch die wasserrechtlichen Vorschriften des code civil stärker als die des ALR auf diesem Boden.

Zwar waren die wasserrechtlichen Bestimmungen, die beide Gesetze enthielten, nur ungenügend - das zeigt z.B. der Erlaß eines neuen umfassenden wasserrechtliche Vorschriften enthaltenden Gesetzes in Frankreich bereits am 16.9.1807[4]-, sie waren aber immer noch praktikabler und eingehender als die des Gemeinen Rechts. Für eine zielbewußte Ordnung der Gewässerangelegenheiten boten auch sie allerdings so gut wie keine Möglichkeiten[5].

---

1) Nieberding-Frank, Einleitung S.49.
2) Nieberding-Frank, Einleitung S.14 f.; Vgl. auch Kloess 08, S.84.
3) Nieberding-Frank, Einleitung s.50.
4) Loi relativ au desséchement des marais etc.; zitiert nach Nieberding-Frank, Einleitung S.18.
5) Gieseke in ZFW 1964, 1-21 (3).

VI: Das BGB:

Die für das gesamte Reichsgebiet notwendigen einheitlichen Vorschriften, die für eine zu Ende des vergangenen Jahrhunderts dringender werdende weiträumige Ordnung der Gewässerangelegenheiten erforderlich waren, wurden von dem in Arbeit befindlichen BGB zwar erwartet, aber nicht geschaffen. In den Art. 65, 66 EGBGB wurde ausdrücklich auf die Weitergeltung der bisherigen landesrechtlichen Vorschriften hingewiesen[1]. Diese Nichtaufnahme wasserrechtlicher Vorschriften in das BGB und die dadurch gegebene Beibehaltung der Rechtszerrissenheit wurde anfangs lebhaft bedauert[2], später aber auch von manchen für richtig befunden[3]. Aus verfassungsrechtlichen Gründen hätte das BGB das Wasserrecht nur unter dem Gesichtspunkt des Privatrechts regeln können, das aber in seiner Eignung für eine zielbewußte, weiträumige Ordnung der Wasserwirtschaft hinter dem öffentlichen Recht zurücksteht. Demgemäß hatten auch die wasserrechtlichen Spezialgesetze, wie noch ersichtlich werden wird, im Laufe der Jahrzehnte immer mehr öffentlichrechtlichen Charakter angenommen. Immerhin blieb durch die Ausklammerung des Wasserrechts aus dem BGB der Weg für eine umfassende einheitliche öffentlichrechtliche

---

1) Das Ausmaß der Enttäuschung über die Nichtbearbeitung dieser Materie wird in dem Ausdruck "Verlustliste der deutschen Rechtseinheit" für das EGBGB deutlich; so HK I, Einleitung S.XVIII.
2) Holtz - Kreutz I, Einleitung S.XVIII.
3) So von Höhne, S.2 mit den beiden Argumenten: 1.) "das Wasserrecht sei an lokale Verhältnisse gebunden und eine reichsrechtliche Regelung hätte sich über tiefwurzelnde Rechtsanschauungen hinwegsetzen und sie beseitigen müssen" (wohl nicht stichhaltig, wie die Form der Regelung alter Benutzungen im WHG zeigt) und 2.) "hätten in die Reichsregelung Vorschriften polizeilicher Art aufgenommen werden müssen, ein Gebiet, das nach der RV der Landesgesetzgebungskompetenz angehört" (dem ist zuzustimmen, da integrierte ordnungsbehördliche Vorschriften unerläßlich sind).

Regelung frei. Das BGB ist für das Wasserrecht dennoch nicht unbeachtlich, da seine Rechtsinstitute und allgemeinen Vorschriften, vor allem soweit sie mit dem Eigentum zusammenhängen, auch auf dieser Gebiet angewendet werden.

"II: Andere Rechtsakte mit wasserrechtlicher Bedeutung:

Neben diesen allgemeinen Gesetzen haben und hatten für das Wasserrecht stets auch nicht im engeren Sinne zu dieser Materie oder zur Wasserwirtschaft im besonderen gehörende Spezialgesetze und andere Rechtsnormen Bedeutung - jeweils in unterschiedlicher Stärke. Hierzu sind sind eine Reihe von Staatsverträgen zu zählen, die allerdings vorwiegend für Schiffahrt und Flußzölle bedeutungsvoll waren, wie z.B. der Westfälische Frieden von 1648, die Wahlkapitulation Kaiser Franz II. von 1792, der Reichsdeputationshauptschluß von 1803, ein deutsch-französischer Vertrag vom 1.10.1804, die Wiener Kongreßakte vom 9.6.1815[1] sowie u.a. die Elbschiffahrtsakte vom 23.6.1821, die Weserschiffahrtsakte vom 14.1.1824 und die Donauschiffahrtsakte vom 7.11.1857. Die Schiffahrt auf dem Rhein zum Gegenstand haben die Mainzer Akte vom 31.3.1831[2] - aufgrund der Wiener Schlußakte abgeschlossen - und sie ablösend die Mannheimer Akte vom 17.10.1868[3]. Schiffahrt und Flußzölle betreffen auch das Gesetz über die Aufhebung der Elbzölle vom 11.6.1870, der Friedensvertrag zwischen dem deutschen Reich und Frankreich vom 10.5.1871 mit einer Zusatzkonvention vom 11.12.1871 und die Art. 331 bis 362 des Versailler Friedensvertrages.

---

1) Deren Art. 108-117 stellen den Ausgangspunkt des heutigen internationalen Flußrechts in Europa dar; so Fleskes, S.11.
2) Rheinurkunden, Band I S.212.
3) Rheinurkunden, Band II S.80; pr. GS 1869, S.798; geändert durch Übereinkommen vom 20.11.1963 (BGBl.1966 II S.561; neue Fassung BGBl. 1969 II S.597).

Bedeutsam für die Wasserwirtschaft hingegen ist die Vorschrift des § 23 I GewO[1)], die das in den §§ 17 bis 22 GewO vorgesehene Verfahren auch für die Neuzulassung von Wassertriebwerken vorschrieb. Sie ist erst durch § 43 II WHG außer Kraft gesetzt worden.

Wasserwegerechtlich von großen Auswirkungen waren die Art. 97 ff. WRV, die den Übergang der dem allgemeinen Verkehr dienenden Wasserstraßen in das Eigentum des Reiches bestimmten, sowie der in Gemäßheit dieser Vorschriften zwischen dem Reich und den Ländern geschlossene Staatsvertrag vom 29.7.1921.

Wasserrechtliche Vorschriften enthielten und enthalten ferner die Fischerei-, Deich- und Berggesetze sowie die Gesetze über den Heilquellenschutz, die im einzelnen - wenn erforderlich - an den betreffenden Stellen genannt werden.

---

1) Reichsgewerbeordnung vom 1.1.1873 in der Fassung vom 26.7.1900.

2. Abschnitt: Spezieller Überblick über die Geschichte der Wassergesetzgebung in den einzelnen Ländern

A: Die Wassergesetze selbst

Auf dem Hintergrund dieser allgemeinen Gesetze und in Zusammenhang mit den Regelungen verwandter anderer Sondergebiete ist die wasserrechtliche Spezialgesetzgebung der einzelnen Länder zu sehen. Ihre Unterschiede bezieht sie nicht nur aus den geschilderten verschiedenen Rechtssystemen in Deutschland, sondern auch aus den geographischen, hydrologischen und volkswirtschaftlichen Besonderheiten der einzelnen Gegenden. So nahm z.B. die Bekämpfung der Wassergefahren in Norddeutschland einen größeren Raum als in Bayern ein. Ihr konnten auch politische Absichten zugrunde liegen, wie z.B. bei der Trokkenlegung des Oderbruchs durch Friedrich den Großen. Aufgrund der mit der Zeit an sie gestellten steigenden Anforderungen regelten die Gesetze die Angelegenheiten der Gewässer von der Materie her immer umfassender und im Detail immer verfeinerter. Ausgangspunkte wasserrechtlicher Gesetzgebung waren meist Mühlen- oder Deichordnungen. In der Geschichte zurückverfolgt verlieren sich die Spezialgesetze nach und nach und Wasserrecht ist nur noch in den allgemeinen Normen enthalten.

Das macht der Rückblick über die wichtigsten Spezialgesetze deutlich; der besseren Orientierung wegen fußt er in seinem Aufbau auf dem obigen Abriß der Länderentwicklungen.

I: Die preußischen Wassergesetze

Infolge der geographisch-politischen Entwicklung wird der Geltungsbereich der preußischen Wassergesetze mit entfernter liegender Zeit immer kleiner. Bis zu einer durch Preußen erfolgten Neukodifizierung galt in den vor allem 1866 und 1815 eingegliederten Ländern in der Regel deren Wasserrecht weiter; es wird daher im Anschluß an das preußische zu betrachten sein.

1) Geltungsbereich und Entstehung des preußischen Wassergesetzes vom 7.4.1913

Am 1.5.1914[1)] trat in den zu diesem Zeitpunkt preußischen Ländern das Wassergesetz vom 7.4.1913[2)] in Kraft. Es war die erste erschöpfende und einheitlich für das gesamte Staatsgebiet des Königreichs geltende Wasserrechtsregelung[3)]. Sie beendete die auf diesem Gebiet in den Ländern herrschende Rechtszersplitterung, indem in § 399 I pr.WG jegliches entgegenstehende Recht aufgehoben wurde, wobei Abs. 2 ausdrücklich die 79 hier bisher in Frage kommenden Gesetze anführt.

Die störende partikularrechtliche Unübersichtlichkeit hatte bereits in den zwanziger Jahren des 19. Jahrhunderts Versuche zu einer umfassenden und ausschließlichen Wasserrechtsregelung entstehen lassen; sie scheiterten aber immer wieder vor allem an der mangelnden geschichtlichen Erforschung des älteren deutschen Wasserrechts und an der Unmöglichkeit einer Zusammenfassung und Vereinheitlichung der Partikularrechte[4)], die von allen Rechtsentwicklungen in Deutschland berührt worden waren.

---

1) Gemäß Art. 400 pr.WG trat das Gesetz in den für die Gewässereinteilung und den Ausbau maßgeblichen Vorschriften schon am 22.4.1913 in Kraft.
2) G.S., S. 53.
3) HK I, Einleitung, S. XX.
4) Kloess 13, S. 3.

Erst mit einem im Jahre 1894 veröffentlichten, sich hauptsächlich auf das ALR stützenden Entwurf einer Ministerialkommission des preußischen Landwirtschaftsministeriums begann der Weg zum vorliegenden Gesetz. Wenn auch aufgrund der Kritik der interessierten Berufsstände nicht weiter verfolgt, gab dieser Entwurf doch den Anstoß zu einer neuen Ausarbeitung, die in vielen Teilen, z.B. der Gewässereinteilung, ihrem Vorgänger folgte. Dieser im Jahre 1907 den staatlichen Behörden und betroffenen Berufsgruppenvertretungen zur Stellungnahme vorgelegte neue Entwurf, der erstmals die Einführung von Wasserbüchern vorsah, wurde ebenfalls dem Landtag nicht zugeleitet, da er wegen seiner Regelung der Abwässerfrage vor allem von der Industrie, aber auch wegen mangelhaften Schutzes der unterirdischen Gewässer sowie der als untragbar empfundenen Regelungen des Eigentums und der weiten polizeilichen Befugnisse abgelehnt wurde[1].

Erst der aufgrund dieser Kritik ausgearbeitete dritte Entwurf konnte dem Landtag zugeleitet werden, was am 31.12.1911 geschah[2]. Vom preußischen Abgeordnetenhaus nach drei Lesungen zunächst im Dezember 1912 einstimmig, vom Herrenhaus jedoch erst nach Abänderungen angenommen und dem Abgeordnetenhaus wieder zugeleitet, wurde der Entwurf von ihm in dieser Form am 21.2.1913 angenommen und vom König am 7.4.1913 sanktioniert. Dieses Gesetz, das auch als Grundlage für die Verwirklichung eines einheitlichen umfassenden Reichswasserrechts dienen sollte, ist bis zum Erlöschen seiner Geltungskraft[3] insgesamt 28 mal, jedoch nie wesentlich, abgeändert worden.

---

1) BvK, Einleitung, S.IX.

2) Trotz der jeweils grundlegenden Änderungen wurden die drei Entwürfe von einem Teil der Literatur als eine einzige, nur stets verbesserte Ausarbeitung aufgefaßt: so HK I, Einleitung, S.XIX; a.A.: BvK, Einleitung, S.IX; Kloess 08, S.103; Kloess 13, S.4f.

2) Die Geschichte der preußischen Wassergesetze bis 1866 zurück

Die Partikularrechte innerhalb Preußens, die das Gesetz von 1913 auf dem Gebiet des Wasserrechts beseitigte, waren letztmalig bei der Gebietserweiterung im Jahre 1866 bedeutend umfangreicher geworden, als zu französischem, gemeinem und sächsischem (ALR) noch fränkisches und schwäbisch-bayerisches Recht hinzutrat. Blieben die Versuche zur Schaffung eines einheitlichen umfassenden Wasserrechts auch noch erfolglos, so waren sie doch Ursprung mancher in der Folgezeit erlassener Spezialgesetze oder Regelungen örtlicher wasserwirtschaftlicher Verhältnisse, die zu den Partikularrechten hinzutraten[1].

In der Hoffnung, das in Bearbeitung befindliche BGB werde die fehlende Rechtseinheit auf dem Gebiet des Wasserrechts schaffen[2], ruhte die diesbezügliche Gesetzgebungstätigkeit um die Jahrhundertwende für einen längeren Zeitraum. Erst unter dem Eindruck von Hochwasserfluten in den Jahren 1899 bis 1905 wurden für Einzelge-

---

3) Auch nach der Auflösung Preußens ist das pr.WG. solange weiter in Kraft geblieben, bis es für die einzelnen Gebiete der neuen Länder oder Landesteile durch anderweitige Regelungen ersetzt worden ist; vgl. Wüsthoff, Handbuch 1,I 7Aa, S.369.

1) Für alle heute in der BRD liegenden preußischen Länder gültig und bedeutend waren:
   - das Fischereigesetz vom 30.5.1874, das die freie Fischerei aufhob und den politischen Gemeinden übertrug sowie eine gewässermäßig verschiedene Staatsaufsicht schuf,
   - das Gesetz betreffs der Bildung von Wassergenossenschaften vom 1.4.1879, eine Überarbeitung der bisherigen Regelungen, und
   - das Gesetz über die Befugnisse der Strombauverwaltung gegenüber den Uferbesitzern an öffentlichen Flüssen vom 20.8.1883, das aus Anlaß der damals in weitem Umfang durchgeführten Regulierung der großen Ströme erlassen wurde.

   Wasserwegerechtlich bedeutsam war das Wasserstraßengesetz vom 1.4.1905.

2) Das Ausmaß der Enttäuschung über die Nichtbearbeitung dieser Materie wird an dem Ausdruck "Verlustliste der deutschen Rechtseinheit" für das EGBGB deutlich (So HK I, Einleitung, S.XVIII.).

biete der Monarchie Regelungen erlassen, die vor allem den Schutz vor Wassergefahren betrafen und mit dem im ganzen Königreich - bis auf das Ebbe- und Flutgebiet der Nordsee - geltenden Hochwasserschutzgesetz vom 16.8.1905 abgeschlossen wurden.

3) Die Geschichte der preußischen Wassergesetze bis 1815 zurück

Durch die Wiener Kongreßakte von 1815 - zum Teil auch schon durch den Reichsdeputationshauptschluß von 1803 - erlangte Preußen nicht nur neue Gebiete gemeinen und sächsischen, sondern erstmals auch französischen Rechts: in den linksrheinischen Gebieten der späteren Rheinprovinz galten der code civil von 1808 und das Rheinische Ruralgesetz vom 28.9.1791 als allgemeine Gesetze, die auch Wasserwirtschaftsrecht enthielten.

Im Geltungsbereich des ALR wurde wegen der unzureichenden Ordnung der Rechtsverhältnisse an den Privatflüssen durch dieses Gesetz[1] am 28.2.1843 das Gesetz über die Benutzung der Privatflüsse erlassen[2], das durch mehrere Verordnungen, so am 9.1.1845 für den Bezirk des Appellationsgerichtshofes zu Köln[3], im damaligen Gesamtgebiet des Königreichs Geltung erlangte[4]. Ebenfalls gültig in allen preußischen Landesteilen war das bereits am 15.11.1811 erlassene Gesetz wegen des Wasserstauens bei Mühlen und Verschaffung der Vorflut, das in dem nicht zum ALR gehörenden Rechtsgebiet allerdings erst

---

1) Kloess 08, S.93.
2) GS, S.41.
3) GS 1845, S.35:"Verordnung, betreffend die Einführung des Gesetzes vom 28.2.1843 über die Benutzung der Privatflüsse in dem Bezirk des Appellationsgerichtshofes zu Cöln".
4) In allen preußischen Ländern gültig war auch das Gesetz über das Deichwesen vom 28.1.1848, das nach Eingliederung von Hannover und Schleswig-Holstein durch Gesetz vom 11.4.1872 auch in diesen Provinzen eingeführt wurde.

durch das Gesetz vom 14.6.1859[1] wegen Verschaffung der Vorflut in den Bezirken des Appellationsgerichtshofes zu Köln und des Justizsenates zu Ehrenbreitstein, sowie in den Hohenzollernschen Landen eingeführt wurde. Zahlreiche Gesetze mit örtlich beschränkter Gültigkeit, meist der aus dem 18. Jahrhundert überkommenen einseitigen Tendenz[2] folgend Materien auf dem Gebiete der Entwässerung regelnd, ergänzten die in den neuen Landesteilen seit alters bestehenden Gesetze; häufig zielten sie auf eine zumindest teilgebietsweise Anpassung der unterschiedlichen Rechtsbildungen.

4) Die Geschichte der preußischen Wassergesetze vor 1815

Die bereits vor dem Jahre 1815 preußischer Gesetzgebungskompetenz unterworfenen Gebiete innerhalb der BRD gehörten zum Geltungsbereich des gemeinen Rechts[3] und des ALR[4].

Da das gemeine Recht auf dem Gebiete der Wasserwirtschaft nur sehr unvollkommen durchgebildet war, wurzelten Entwässerung und Wasserschutz sowie langsam aufkommend auch die Wassernutzung in partikularen statutarischen und observanzmäßigen Rechten.

Hervorhebung verdient die Mühlordnung für das Fürstentum Hohenzollern-Sigmaringen von 1845[5], die seit 1859 auch in Hohenzollern-Hechingen galt[6].

---

1) GS 1859, S.325.
2) Nieberding - Frank, Einleitung, S.19.
3) Hohenzollern-Sigmaringen und -Hechingen.
4) Altpreußen, Ansbach und Bayreuth.
5) Mühlordnung für das Fürstentum Hohenzollern-Sigmaringen vom 8.11.1845.
6) § 10 des Gesetzes wegen Verschaffung der Vorflut in den Bezirken des Appellationsgerichtshofes zu Köln und des Justizsenates Ehrenbreitstein sowie in den Hohenzollernschen Landen vom 14.6.1859 (GS 1859, S.325).

5) Die ältesten preußischen Wassergesetze

Westberlin ist das zur Rechtseinheit des Bundes gehörende Gebiet mit der ältesten preußischen Gesetzesgeschichte. Es gehörte zum Bereich des A.L.R..

Von den zahlreichen Spezialgesetzen, die vor allem auf dem Gebiete der Abwendung der kulturschädlichen Einflüsse des Wassers ergingen, waren von größerer Bedeutung das Edikt zur Beförderung der Landeskultur vom 14.9.1811 und das ältere Regelungen erneuernde und zusammenfassende Edikt wegen zu verschaffender Vorflut und Räumung der Gräben und Bäche vom 6.7.1773. Ältestes Gesetz auf diesem Gebiet ist das Edikt wegen deren Wasserleitungen in Brüchern und Niederungen vom 25.2.1704. Mehrere Fischereiordnungen sind aus der Zeit bis 1551 bekannt, dem ungefähren Abschluß der Rezeption des römischen Rechtes in Brandenburg. Vor dieser Zeit sind die Wahlkapitulation von 1519, die dem Kurfürsten umfassende Regalrechte am Wasser einräumte, sowie das Edikt Friedrichs III von 1456, das dem Kurfürsten das Mühlenregal zubilligte, bekannt. Von allgemeiner Geltung war in der Mark Brandenburg während des Mittelalters das sächsische Recht in der Aufzeichnung des Sachsenspiegels um 1225, der damit auch dem Wasserrecht bis 1794 seinen Charakter gab.

II: Die Wassergesetze in den 1866 mit Preußen vereinigten Ländern vor diesem Zeitpunkt

In den 1866 mit Preußen vereinigten Ländern wurde nahezu ausnahmslos das gemeine Recht angewendet. Dennoch ist ihre Gesetzesentwicklung vor diesem Jahre unterschiedlich.

1) Das Königreich Hannover

Im Königreich Hannover, in dem lediglich im Fürstentum Ostfriesland mit dem Jadegebiet als allgemeines Gesetz

das A.L.R. galt, kamen die nach 1866 erlassenen preußischen Wasserrechtsregelungen zu folgenden landesrechtlich auf diesem Gebiet bereits bestehenden Spezialgesetzen hinzu:

Gültigkeit im gesamten Königreich hatte das Gesetz über Entwässerung und Bewässerung der Grundstücke sowie über Stauanlagen vom 22.8.1847[1], das einen engen Zusammenhang bildet[2] mit den zahlreichen, allerdings stets mit örtlicher Geltungskraft versehenen, Regelungen des Deich- und Sielwesens, die in den Jahren von 1853 bis 1864 erlassen wurden[3].

Das neben und zeitlich vor diesen Gesetzen das Wasserwesen beherrschende gemeine Recht hat nach der Rezeption das sächsische Wasserrecht abgelöst, welches im Mittelalter in Hannover angewendet wurde[4].

2) Die Herzogtümer Schleswig, Holstein und Lauenburg

Die Herzogtümer Schleswig und Holstein sowie das im Jahre 1876 mit Preußen vereinigte Herzogtum Lauenburg[5], in denen ausnahmslos gemeines Recht galt, hatten aufgrund ihrer geographischen Lage zwischen Nord- und Ostsee sowie ihrer Bodenstruktur, die von Ost nach West fruchtbare, dann Heide und Moor aufweisende Geest und schließlich Marschland enthält, eine Wassergesetzgebung, deren Hauptaugenmerk stets auf den Schutz der Landwirtschaft in den tief liegenden westlichen Gebieten gerichtet war. So ist hier bereits seit den Jahren 1800 bis 1803 die Unterhaltung und Beaufsichtigung der Deiche eingehend

---

1) Gesetz vom 22.8.1847 über Ent- und Bewässerung der Grundstücke, sowie über Stauanlagen (Hannoversche Gesetzessammlung, Seite 262).
2) Nieberding - Frank, Einleitung S.25.
3) Für die Herzogtümer Bremen und Verden bestand bereits eine alte Deichordnung vom 29.7.1743.
4) Kloess 08, S.96.
5) Durch Gesetz v. 23.6.1876; Gesetzessammlung, S.169.

geregelt[1].

Die Wassernutzung und -ableitung wie auch der Gewässerschutz an den Ostküsten blieben noch lange unberücksichtigt. In dem unter dänischer Herrschaft stehenden Schleswig traf eine provisorische Verfügung vom 6.9.1863 bezüglich der Geestdistrikte für diese Materie eine Regelung[2], während in Holstein unter dem 16.7.1857 eine Wasserlösungsordnung für die Geestdistrikte[3] - die eine provisorische Regelung von 1854 ablöste - und für Lauenburg am 22.5.1857 eine Wasserlösungsordnung[4] erschienen. Beide Gesetze regelten neben der Wasserableitung auch seine Nutzung mittels Stauanlagen und die Beaufsichtigung.

Vorgänger des gemeinen Rechts in der subsidiären Geltung für das Wasserrecht war auch in diesen Ländern im Mittelalter das sächsische Recht.

3) Das Kurfürstentum Hessen-Kassel

Auch im Kurfürstentum Hessen-Kassel zeigt der Rückblick auf die Gesetzesentwicklung, daß der Schutz vor dem

1) Herausragend hier vor allem: Patent vom 29.1.1800, betreffend die einzuführende Aufsicht über die Deiche der sämtlichen Marschkommunen, adeligen Marschgüter und octroyierten Koege in den Herzogtümern, Allgemeines Deichreglement vom 6.4.1803 für die sämtlichen Marschkommunen, adeligen Marschgüter und octroyierten Koege in den Herzogtümern.

2) Provisorische Verfügung für die Geestdistrikte des Herzogtums Schleswig, betreffend die Ableitung und Benutzung des Wassers behufs Verbesserung der Ländereien, a.d. Skodsborg, den 5.9.1863 (Chronologische Sammlung, S.232).

3) Die Wasserlösungsordnung für die Geestdistrikte des Herzogtums Holstein, vom 16.7.1857 (Gesetz- und Ministerialblatt für die Herzogtümer Holstein und Lauenburg, Kopenhagen 1857, S.208).

4) Wasserlösungsordnung für das Herzogtum Lauenburg, v. 22.5.1857, (Gesetz- u. Ministerialblatt für die Herzogtümer Holstein u. Lauenburg, Kopenhagen, 1857,S.135).

Wasser und die Wasserableitung einen weit größeren Raum einnahmen als Regelungen zur Wassernutzung. Waren auf letzterem Gebiet nur drei Gesetze einschlägig, nämlich das Kurhessische Gesetz betreffend die Beseitigung mehrerer der Verbesserung des Acker- und Wiesenbaues entgegenstehender Hindernisse vom 28.10.1834[1], die Kurhessische Mühlenordnung vom 29.12.1820 und - durch das vorgenannte Gesetz aufgehoben - die Mühlenordnung vom 22.2.1753, so waren die Wasserableitung und der Wasserschutz in zahlreichen im gesamten Land geltenden Regelungen geordnet, von denen das Kurhessische Gesetz, die Ausführung von Entwässerungsanlagen mittels unterirdischer Röhren (Drains) betreffend, vom 17.12.1857 am Schluß der Entwicklung stand. Zwei weitere Gesetze mit Wirkung für das Gesamtgebiet und noch bis 1913 gültig waren die Kurhessische Verordnung, die Pflanzungen an den Ufern und sonst für den Wasserbau betreffend, vom 16.4.1823 und die Kurhessische Verordnung, den Wasserbau betreffend, vom 31.12.1824[2]. Alle drei Kodifikationen ergänzten und erweiterten vorausgegangene Regelungen aus den Jahren 1789 (Wasserbau), 1786 (Schlachtbau an der Weser in der Grafschaft Schaumburg), 1747 (Kameral-Ausschreiben bezüglich Aufräumung der Gräben) und 1739 (Gräbenordnung)[3]. Aus noch früherer Zeit sind vornehmlich Fischereiordnungen bekannt. Subsidiär galt das gemeine Recht, im Mittelalter - damals noch Landgrafentum Hessen - sächsisches Wasserrecht.

---

1) Möller und Fuchs, Sammlung der im vormaligen Kurfürstentum Hessen geltenden Gesetze und Bestimmungen, Bd. 2, S.1095.
2) Möller und Fuchs, Sammlung der im vormaligen Kurfürstentum Hessen geltenden Gesetze und Bestimmungen, Bd. 1, S.519.
3) Verordnung vom 6.11.1739 für die Dienstführung der Greben, Dorfschulzen oder Eidgeschworenen, Vorsteher und Heimbürgen, der Gemeinde-Gelderheber, der Dorfsknechte, Köddergreben, Dienstlader, Feuerherren, Feldhüter, Nachtwächter und anderer in der Gemeinde zur Aufsicht bestellten Leute (Sammlung Hessischer Landesordnungen IV. Bd., S.608 ff.).

4) Das Herzogtum Hessen-Nassau

Für das Herzogtum Hessen-Nassau waren Vorflut und Entwässerung in einer Verordnung vom 2.2.1830 über die Zulässigkeit von nützlichen Wiesenentwässerungen und in dem Generalreskript vom 15.10.1845 über die Vorschläge zu notwendigen Vorflut- und Bewässerungsanlagen geregelt, wobei das Verfahren für die Errichtung der hierzu und zu Wassertriebwerken notwendigen Anlagen durch eine Verordnung vom 27.7.1858[1], angeglichen an hessen-darmstädtisches Muster, geordnet wurde. Bezüglich der Regulierung der Gewässer für die Landeskultur, vornehmlich zur Verbesserung der Wiesen und zum Betrieb größerer Gewerbeanlagen, hat in Hessen-Nassau infolge der politischen Entwicklung eine sehr verästelte Regelung bestanden, die mit einer Verordnung vom 7. und 9.11.1812 über die Einschränkung der Heide- und Weidegangsgerechtsamen begann. Da durch diesen Akt die im 18. Jahrhundert in den einzelnen zum Herzogtum vereinigten Ländern (vornehmlich in den ehemals oranischen und schaumburgischen Teilen) sehr geförderte, unter der französischen Herrschaft aber zurückgetretene Güterkonsolidation nicht zum Wiederaufleben gebracht wurde, erging am 12.9.1829 eine Verordnung mit dem Ziel, der Konsolidation nunmehr im gesamten Lande zum Durchbruch zu verhelfen. Infolge der nicht überall gleich großen Grundstückszerstückelung, aus wassertechnischen Gesichtspunkten und um möglichst die für jeden Einzelfall günstigste Neuaufteilung zu erreichen, ergingen noch zahlreiche Vorschriften, von denen eine Instruktion vom 2.2.1830 und eine ministerielle Verordnung vom 22.3.1852 die wichtigsten waren. Auch die drei eingangs angeführten Vorschriften zur Entwässerung standen mit dieser Materie in Zusammenhang.

---

1) Nassauische Verordnung vom 27.7.1858, betreffend das Verfahren bei Bewässerungs- und Entwässerungsanlagen und bei Errichtung von Wassertriebwerken an Bächen (Nass. Verordnungsblatt, S.100).

Zum Bereich subsidiärer Geltung des gemeinen Rechts gehörend fand aufgrund der geographischen Lage im Mittelalter auch in Nassau das sächsische Recht Anwendung.

5) Die Landgrafschaft Hessen-Homburg

Was die Landgrafschaft Hessen-Homburg angeht, so unterfiel sie infolge ihrer Zugehörigkeit zum Großherzogtum Hessen-Darmstadt der Gesetzesentwicklung dieses Landes[1], wies allerdings bei ihrem Anschluß an Preußen zwei partikulare Spezialgesetze auf unter dem Datum des 15.7.1862 über Errichtung und Beaufsichtigung von Wassertriebwerken[2] sowie über die Entwässerung von Grundstücken; beide Vorschriften waren der Regelung im übrigen Großherzogtum angelehnt.

6) Die bayerischen Landesteile

In den 1866 zu Preußen gekommenen bayerischen Landesteilen[3] hat keine vom übrigen Bayern verschiedene Gesetzesentwicklung stattgefunden. Es galten zur Zeit des Anschlusses drei 1852 erlassene Wassergesetze, sowie subsidiär das gemeine Recht.

---

1) Zu den von Preußen erworbenen hessen-darmstädtischen Gebietsteilen gehörte des weiteren der Oberamtsbezirk Meisenheim; nicht jedoch der Nordwestteil des Kreises Gießen, die Kreise Biedenkopf und Böhl sowie die Ortsbezirke Rödelheim und Nieder-Ursel.

2) Gesetz über Errichtung und Beaufsichtigung der Wassertriebwerke an Bächen, sowie gegen Beschädigung oder Verunreinigung der Bäche im Amte Homburg vom 15.7.1862 (Archiv 1862, S.895).

3) Bezirksamt Gersfeld, Landgerichtsbezirk Orb und die Enklave Kaulsdorf. In letzterer galt subsidiär das A.L.R.

III: Die Wassergesetze in den 1815 mit Preußen vereinigten Ländern vor diesem Zeitpunkt

Die im Jahre 1815 vom Königreich Preußen im Westen erworbenen Länder gehörten hinsichtlich der allgemeinen Gesetze zu diesem Zeitpunkt zum Geltungsbereich des gemeinen Rechts bzw. nach ihrer Eingliederung zu dem des ALR und zum französischen Rechtsgebiet.

1) Die Länder des französischen Rechtsgebietes

Das französische Recht galt in den zur Rheinprovinz zusammengefaßten Ländern[1] und erstreckte sich nicht nur auf die oben erwähnten allgemeinen Gesetze, sondern auch auf wasserrechtliche Spezialregelungen. Überall Geltung hatte das Gesetz vom 16.9.1807[2], das an frühere Gesetze anknüpfend Wassernutzung, Vorflut und Entwässerung umfassend regelte, dabei zwar wie seine dem französischen Rechtskreis zugehörigen Vorläufer die Wassernutzung nur ähnlich unbefriedigend ordnete wie die preußischen Gesetze dieses Zeitraumes, diesen gegenüber jedoch bezüglich des Wasserschutzes durchgreifendere und praktikablere Vorschriften enthielt. Die im code civil enthaltenen wasserrechtlichen Bestimmungen bezogen sich auf die Vorflut und Nutzung, während Wasserstau, Wasserschutz und Entwässerung (im Ggs. zum A.L.R.) unberücksichtigt blieben. Dies mag seinen Grund in der Tatsache haben, daß der code civil auf einen Zustand bereits umfangreicher die Wasserkultur regelnder Gesetze traf, die, teilweise bereits erlassen vor der Übergabe der Rheinlande an Frankreich in den Jahren 1795 und 1801, seit dieser

---

1) Mit Ausnahme der Kreise Duisburg Stadt, Mühlheim-Ruhr, Essen Stadt und Land, Ruhrort und Rees, in denen das A.L.R. galt.
2) Loi relativ au dessèchement des marais etc. Zitiert nach Nieberding - Frank, Einleitung S.18.

Zeit auch hier galten. So gab ein Gesetz vom 4.5.1803[1] den staatlichen Behörden die Befugnis, für einen freien Abfluß der Gewässer zu sorgen und eine Verordnung vom 9.3.1798[2] sicherte Schiffahrt und Flößerei vor Störungen, indem sie die Wassernutzungsanlagen staatlichem Ermessen unterstellte. Gewässerschutzvorschriften enthielt auch schon das Ruralgesetz vom 28.9.(6.10.) 1791[3], die verpflichtende Ableitung kulturschädlicher Gewässer durch Entwässerungsanlagen hatte bereits ein Gesetz vom 5.1.1791 (26.12.1790)[4] bestimmt, das damit älteren preußischen Regelungen ähnelte[5].

Wenn auch diese französischen Gesetze das zuvor in den Rheinlanden angewendete deutsche Recht beseitigten, so waren die Änderungen doch geringer als auf den ersten Blick anzunehmen, da das römische Recht in diesem Gebiet weit umfangreicher als im übrigen Deutschland in das Rechtssystem aufgenommen worden war.

Das mittelalterliche deutsche Recht in den Ländern am Rhein war gekennzeichnet durch eine starke Bedeutung des Lehnswesens und der Regalrechte, die deren Einfluß im übrigen deutschen Rechtsgebiet übertraf.

---

1) Loi relative au curage des canaux et rivières non navigables et á l'entretien des digues oui y correspondent; a.a.O. S.17.
2) Arrêté du directaire exécutif contenent des mesures pour assurer le libre cours des rivières et canaux navigables et flottables; a.a.O. S.17.
3) Décret concernant les biens et les usages ruraux et la police rurale; a.a.O. S.17.
4) Décret relatif au desséchement des marais; a.a.O.S.17.
5) Den Verkehr auf den Gewässern und ihren ungestörten Ablauf hatte bereits im Jahre 1669 ein königlich französisches Gesetz zu regeln versucht: Ordonannce du mois d'août 1669 sur le fait des eaux et forêts; a.a.O. S.17.

2) Die Länder im Geltungsbereich des ALR

Nach ihrer Eingliederung in Preußen wurde das ALR in denjenigen zuvor zum Gebiet gemeinen Rechts gehörenden Ländern eingeführt, die den Bestand der Provinz Westfalen ausmachten. Auch das Fürstentum Siegen zählte hierzu, das - ein Land Nassau-Oraniens - infolge seiner durch die Rheinbundsakte begründeten Zugehörigkeit zum Großherzogtum Berg in den Jahren 1806 bis 1813 durch Staatsvertrag vom 31.5.1815 an Preußen abgetreten wurde.

Da das gemeine Recht den Bedürfnissen der Wasserkultur und -nutzung nur wenig genügte, waren diese Materien durch eine Vielzahl partikularer Vorschriften örtlich unterschiedlich geregelt. Vorbildlich für die damalige Zeit war die die Wassernutzung unter ausgewogener Berücksichtigung der Landwirtschaft wie der Gewerbebetriebe ordnende Wiesenordnung vom 18.12.1790 für das Fürstentum Siegen. Wegen der durch dieses Gesetz geförderten eigenständigen Entwicklung erhielt später das preußische Privatflußgesetz vom 28.2.1843 im Kreise Siegen keine Geltung, sondern es wurde stattdessen eine auf der ersten fußende neue Wiesenordnung am 28.10.1846[1] erlassen.

Da das römische Recht in den Gebieten Westfalens nur geringe Aufnahme gefunden hatte, waren bei aller partikularen Zersplitterung die Unterschiede in der rechtlichen Regelung der Gewässerangelegenheiten gegenüber den preußischen Vorschriften in den Grundzügen nicht sonderlich groß, mit Ausnahme des Vorflut- und des Be- und Entwässerungsrechtes.

IV: Die nicht preußischen Länder

Die folgenden Länder haben ihre Souveränität nie an Preußen verloren. Sie sind nach dem 2. Weltkrieg entweder

---

1) GS., S.485.

aufgelöst worden und in neuen Bundesländern aufgegangen oder bilden heute selbst ein solches Land.

1) Die Wassergesetze im Großherzogtum Hessen-Darmstadt

Das Großherzogtum Hessen-Darmstadt ist neben der preußischen Provinz Hessen-Nassau eines der beiden Hauptgebiete gewesen, die das heutige Bundesland Hessen ausmachen. Infolge dieses Zusammenschlusses ist die Wasserwirtschaft vor dem jetzt geltenden Hessischen Wassergesetz vom 6.7. 1960 nicht allein durch preußische Gesetze geregelt gewesen, sondern auch durch hessen-darmstädtische.

Bis 1960 waren daher auf dem Gebiet des ehemaligen Großherzogtums die beiden Gesetze von 1887 gültig, deren eines, vom 14.6.1887, das Dammbauwesen und das Wasserrecht in den Gebieten des Rheins, Mains, Neckars und des schiffbaren Teils der Lahn betraf[1)], und deren anderes, das sogenannte Bachgesetz vom 30.7.1887, die Bäche und die nicht ständig fließenden Gewässer[2)] zum Gegenstand hatte. Beide Regelungen waren allerdings durch das Gesetz zur Änderung wasserrechtlicher Vorschriften in Hessen vom 16.4.1957[3)] mit dem Ziel einer Angleichung stark abgeändert worden, besonders was die Aufsicht, die Wassergewinnungs- und Abwasseranlagen betraf. Vorflut und Entwässerung waren zuvor in zwei Vorschriften geregelt, von denen das Gesetz vom

---

1) Hessisches Dammbaugesetz vom 14.6.1887 (Reg.Bl.,S.105) mit Ausführungsverordnung vom 26.6.1891 (Reg.Bl.,S. 147), abgeändert durch Art.281 des Ausführungsgesetzes zum BGB vom 17.7.1899 (Becher VIII 3,S.105).
2) Hessisches Bachgesetz vom 30.7.1887, abgeändert durch Art. 282 des Ausführungsgesetzes zum BGB vom 17.7.1889, in der Fassung der Bekanntmachung vom 30.9.1899 (Reg. Bl.,S.758) mit Änderungen durch Gesetze vom 15.7.1908 (Reg.Bl.,S.191) und vom 10.7.1930 (Reg.Bl.,S.169) und der Ausführungsverordnung vom 24.9.1887 (Reg.Bl.,S.191) (Bis zum 30.9.1899 offiziell als "Gesetz über die Bäche und nicht ständig fließenden Gewässer" -a.F.- bezeichnet, danach allgemein "Bachgesetz" -n.F.- genannt).
3) GV Bl., S.50.

24.12.1857 grundsätzliche Bestimmungen über die Wasserregulierung enthielt und das vom 2.2.1858 die Grundstücksentwässerung selbst betraf und sich dabei weitgehend auf ein Gesetz vom 7.10.1830 stützte. Letzteres Gesetz ordnete dabei zur Hauptsache die Wassernutzung und ist für diese Materie das einzige im Großherzogtum, da auch drei weitere Wassergesetze aus dem Jahre 1853 sich nur mit Vorflut, Bachregulierung und Triebwerkebeaufsichtigung befaßten. Eine Verordnung von 1734 und eine Wasserordnung vom 27.4.1757 sind die ältesten Wasserrecht enthaltenden Vorschriften.

Subsidiär galt in Hessen-Darmstadt vor dem BGB seit 1806 der code civil; vor ihm wurde gemeines Recht angewendet. Bis zur Rezeption hat deutsches Recht in seiner sächsischen Ausprägung gegolten.

2) Die Wassergesetze in Baden-Württemberg

Das derzeit in Baden-Württemberg gültige Wassergesetz vom 25.2.1960 ist die erste Regelung, die im Gesamtgebiet des nach dem 2. Weltkrieg geschaffenen Bundeslandes einheitlich gilt. Den Südweststaat machen die vier ehemals politisch nicht zusammengehörenden Länder Baden und Württemberg, die preußische Provinz Hohenzollern sowie einige ehemals hessen-darmstädtische Gebietsteile aus; dementsprechend sind auch vier Wasserrechtskreise zu unterscheiden.

a) Baden

Für Baden galt zuvor das Wassergesetz vom 26.6.1899[1], das am 1.1.1900 in Kraft trat. Infolge geänderter Steuergesetzgebung, vor allem aber wegen der Fortschritte in der Wasserwirtschaft, wurde das Gesetz mehrfach umgestaltet: einmal durch ein Gesetz vom 19.10.1906[2],

1) GVBl 1899, S.309.
2) GVBl 1906, S.631.

zum anderen sehr wesentlich, auch hinsichtlich der Benutzungsrechte, durch eine Novelle vom 12.4.1913[1]. Es galt zuletzt in der Fassung vom 27.8.1936[2].

Das Wassergesetz von 1899 gründete auf der vorausgegangenen Regelung, einem Wassergesetz vom 25.8.1876, das die erste umfassende Wasserrechtskodifikation in Baden war.

Vor dieser Zeit waren Gewässerbenutzung und Instandhaltung in einer Vielzahl von unterschiedlichen und aus verschiedenen Zeiten stammenden Normen geregelt.[3]. Die grundlegenden Vorschriften über die rechtliche Natur der Gewässer enthielt das als allgemeines Gesetz zum 1.1.1810 eingeführte Badische Landrecht, eine amtliche Übersetzung des code civil Napoléon. Da dieses Gesetz neben anderen auch die Berechtigungen und Verpflichtungen der Grundeigentümer bezüglich der Vorflut regelte und Benutzungsbestimmungen enthielt, war es die wichtigste Wasserrecht enthaltende Vorschrift in dem durch den Reichsdeputationshauptschluß 1803 neuerrichteten Großherzogtum[4]. Durch das BL sowie die späteren ergänzenden Verordnungen traten bis auf Neuregelungen der Eigentumsverhältnisse an den schiff- und floßbaren und den geschlossenen Gewässern sowie der Benutzungsrechte an den natürlichen nicht öffentlichen Gewässern keine Änderungen gegenüber den früheren gemeinrechtlichen Regelungen ein, da aufgrund der am Rhein besonders weit gegangenen Aufnahme des römischen Rechts bereits große Übereinstimmungen zwischen französischem und gemeinem Recht bestanden.

Vor dem Beginn des 19. Jahrhunderts finden sich im spä-

---

1) GVBl 1913, S.233.
2) GVBl 1936, S.135.
3) Z.B. in einem Gesetz v.13.2.1851 über Be- u.Entwässerungsanlagen u. in einer Mühlenordnung v. 18.3.1822.
4) Freund S.229 u. 233.

teren Großherzogtum keine Wasserrechtsregelungen von breiter Geltung; es galten im wesentlichen die Bestimmungen des gemeinen Rechts, partikularrechtlich allerdings infolge der Inanspruchnahme von Wasser- oder Mühlenregalien durch die Landesherren in unterschiedlicher Ausgestaltung[1]. Als früheste wasserrechtliche Vorschriften enthaltende Kodifikationen sind aus dem Mittelalter das Landrecht und die Landesordnung von 1622 (publiziert 1654) überliefert[2].

b) Württemberg

Die einzige einheitliche Regelung im wenig durchgebildeten württembergischen Wasserrecht stellt das nach etlichen Anläufen, beginnend mit einem Entwurf vom 17.4.1895, zum 1.12.1900[3] eingeführte Wassergesetz dar. Mit dieser Kodifikation war dem seit mehreren Jahrzehnten von Landwirtschaft und Industrie vorgetragenen Wünsche ihren Vorstellungen entsprechend genügt worden. Drei Entwürfe zur allseitigen rechtlichen Erfassung des Wassers und seiner Benutzungen hatten zuvor Gesetzeskraft nicht erlangt[4].

Vor 1900 bestanden nur bruchstückweise Regelungen des Wasserrechts[5]. Neben und vor diesen wurden zur Erfas-

---

1) Schenkel 02, S.12.
2) Kloess 08, S.120.
3) Reg.Bl., S.921; mit Vollzugsverfügung vom 16.11.1901 (Reg.Bl., S.379).
4) 1843 wurde ein Entwurf über Be- und Entwässerungsanlagen wegen einhelliger Ablehnung durch die Betroffenen nicht weiter verfolgt, die sich auf die mangelnde Berücksichtigung der Anforderungen der Industrie, vor allem aber auf die als rechtlich zu weitgehend empfundenene Möglichkeit einer Enteignung zu privaten Zwecken gründete (Haller, Einl, S.X,XI). Diesem Versuch folgte 1853 ein Landeskulturgesetzentwurf und 1861 der Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der der Bodenkultur dienenden Maßregeln, der aber aus Zeitmangel wegen des Endes des Landtages in seinen Abschnitten über Be- und Entwässerungsanlagen nicht Gesetz wurde.
5) Z.B. in der Mühlordnung v. 1729 oder für das Graben von Brunnen u. Zisternen in d. Bauordnungen v.1872 u.1655

sung der Rechtsverhältnisse der Gewässer und ihrer Benutzungen u.a. die Reichsgewerbeordnung, die - nicht überall gleich ausgelegten - Grundsätze des gemeinen Rechts sowie die sich aus dem Herzogbrief von 1495 - betreffend die Regalität der größeren Gewässer - ergebenden Schlüsse angewendet[1]. Der Lückenausfüllung diente örtlich teilweise sehr verschiedenes Herkommen. Deutsch- und römisch-rechtliche Regelungen bestanden daher unabgestimmt nebeneinander. Erste Einteilungen der Gewässer enthielten die Landrechte von 1659 und 1554 sowie die gemeinen Landsordnungen des Fürstentums Württemberg von 1621 und von 1552[2].

c) Hohenzollern

Vor Erlaß des Wassergesetzes für Baden-Württemberg galt in dem aus den Kreisen Sigmaringen und Hechingen bestehenden Hohenzollern preußisches Wasserrecht. Zuvor war hier gemeines Recht maßgebend.

d) Die vormals hessen-darmstädtischen Gebietsteile

Die vormals hessen-darmstädtischen Gebietsteile, vor allem bestehend aus der Stadt Bad Wimpfen, unterlagen vor ihrer Einbeziehung in den Südweststaat der Gesetzesregelung des Großherzogtums, sodaß Vorläufer des heutigen Gesetzes das hessische Bachgesetz vom 30.7.1887 in seiner Form durch die Anderungsgesetze von 1908 und 1930 und das hessische Dammbaugesetz vom 14.6.1887 waren. Da die Gebiete 1957 zu Baden-Württemberg gehörten, hat das hessische Wasserrechtsänderungsgesetz vom 16.4. 1957, nur im heutigen Lande Hessen geltend, hier keine Wirkung gehabt.

---

1) Kloess 08, S.115.
2) Das Fürstentum Württemberg wurde durch den Reichsdeputationshauptschluß 1803 zum Königreich erhoben.

3) Die Entwicklung der Wassergesetze in Bayern

Infolge der geradlinig verlaufenen politischen Entwicklung weist das Land Bayern ein wesentlich durchsichtigeres Bild hinsichtlich seiner, zudem besser erforschten, Wassergesetzesgeschichte auf als die anderen Bundesländer.

Vorläufer des derzeit gültigen Wassergesetzes vom 26.7. 1962 ist das - bis dahin vielfach geänderte - bayerische Wassergesetz vom 23.3.1907[1], das mit dem 1.1.1908 in Kraft getreten ist[2]. Dies Gesetz war während seiner ganzen 54-jährigen Geltungsdauer im gesamten zur Zeit seines Erlasses zu Bayern gehörenden Gebiet gültig, im Kreise Lindau auch während dessen Zugehörigkeit zur französischen Besatzungszone[3], in der Rhein-Pfalz allerdings nur bis zum Verlust dieses Landesteiles für Bayern im Jahre 1945.

Das Wassergesetz vom 23.3.1907 folgt in seinen Grundzügen der vorausgegangenen Kodifikation, dem Gesetz über die Benützung des Wassers (Wasserbenützungsgesetz - WBG -) vom 28.5.1852, das infolge der Regelung in seinem Art. 104 III am 7.10.1852 in Kraft getreten ist[4]. Dieses Gesetz steht in Zusammenhang mit zwei weiteren im selben Jahr erlassenen Vorschriften, dem Gesetz über Be- und Entwässerungsanlagen zum Zwecke der Bodenkultur und dem über Uferschutz und Schutz gegen Überschwemmungen.

---

1) GVBl. S.157; geändert durch Gesetze vom 30.12.1922 (GVBl. 1923, S.13), 25.6.1926 (GVBl. S.327), 23.7. 1931 (GVBl. S.189), 17.4.1935 (GVBl. S.73), 28.3. 1938 (GVBl. S.145) und vom 7.10.1946 (GVBl. S.308).

2) In Coburg erst am 1.4.1921. Das Gebiet des ehemaligen Herzogtums Coburg ist durch Gesetz vom 30.4.1920, das gemäß VO des Reichspräsidenten am 1.7.1920 in Kraft trat, mit Bayern vereinigt worden. Im einzelnen: Wüsthoff, Handbuch 2, 7D, S.915.
Zuvor gehörte das Gebiet zu Thüringen und unterfiel somit den dem sächsischen Wasserrecht sehr ähnlichen thüringischen Gesetzen. Kloess 08, S.141f.

3) Wüsthoff, Handbuch 2, 7D, S.1469.

4) Reuß, Anm. zu Art. 104 III, S.210 und Einl.§ 1, S.1.

Mit dem WBG galt zum erstenmal ein Wassergesetz gleichmäßig in ganz Bayern - im gesamten rechtsrheinischen Hauptland, damit also auch in den vormals fränkischen Hohenzollern-Fürstentümern Ansbach und Bayreuth, wie in der Rheinpfalz -, wobei allerdings die großherzoglich sächsischen Enklaven in Unterfranken wieder eine Ausnahme bildeten[1].

Während die Pfalz vor dieser Zeit der französischen Wassergesetzgebung, mit dem NBGB als allgemeinem Gesetz, unterfiel[2], war dem WBG im Hauptland als wasserrechtlich bedeutsame Vorschrift der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis vorangegangen. Dieses auch Wasserrecht enthaltende und unter dem Begriff "Kurbayerisches Landrecht von 1756"[3][4] bekannte allgemeine Gesetz, mit dem erstmalig römisches Recht umfassend in Bayern kodifiziert Eingang fand[5], galt allerdings nicht im gesamten rechtsrheinischen Landesteil. Ausgenommen waren die Fürstentümer Ansbach und Bayreuth, die zum Geltungsbereich des A.L.R. gehörend der preußischen Wasserrechtsregelung unterfielen, sowie einige Orte im Bezirk des Amtes Wallsassen in der Oberpfalz und Marktredwitz in Oberfranken, wo neben dänischem Wasserrecht das österreichische ABGB angewendet wurde[6]. Zur Ausleuchtung, Abrundung und Vervollständigung des Kurbayerischen Landrechts von 1756 wurde in der Praxis subsidiär das Römische Recht angewendet[7].

Vorgänger des Landrechts war die Landes- und Polizei-Ordnung von 1616, die am Beginn der zunächst noch langsam fortschreitenden Rezeption des Römischen Rechtes in

---

1) Reuß, Einl.,§2, S.2.
2) Gerber, §16, S.22.
3) Das Fürstentum Bayern ist erst durch den Reichsdeputationshauptschluß 1803 zum Königreich erhoben worden.
4) Publikationsedikt vom 2.1.1756.
5) Kloess 08, S.105.
6) Riederer - Sieder, Anhang I, Vorbem. 2, S.1195.
7) Kloess 08, S.41 und 106.

Bayern stand. Immerhin setzte die Rezeption wegen des regen Handelskontaktes mit Italien in den süddeutschen Staaten früher als im Norden ein.

Noch rein deutschrechtlichen Charakter trägt die bayerische Landesordnung von 1553, die der nächstfrüheren, wasserrechtliche Bestimmungen enthaltenden Kodifikation, dem Rechtsbuch Ludwigs des Bayern von 1346, nachfolgte. Dieses mittelalterliche Gesetz wurde allerdings nur in Oberbayern angewendet, in Niederbayern und Franken galt das sogenannte kleine Kaiserrecht, das ebenso wie der in anderen Gebieten des bayerischen Hauptlandes geltende Schwabenspiegel auf dem Sachsenspiegel fußt. Diese Bücher sind für Bayern der Beginn des Übergangs vom Prinzip der Volksrechte zum Territorialitätsprinzip. Ältestes noch bekanntes und wasserrechtliche Bestimmungen enthaltendes Volksrecht in Bayern ist die lex bajuwariorum (um 800)[1]. Vierhundert Jahre zuvor, im 5. Jahrhundert, hatten sich die Bayern im Gebiet zwischen Böhmerwald, Lech und fränkischem Jura angesiedelt[2].

4) Die Entwicklung der Wassergesetze in den kleineren Staaten

Die kleineren deutschen Länder und Stadtstaaten lagen in der Regel im Geltungsbereich derselben allgemeinen Gesetze wie die angrenzenden oder umgebenden großen Staaten. In ihrer Wassergesetzgebung haben sie sich jedoch nur selten an diese angelehnt.

a) Freie und Hansestadt Hamburg

So wurde zwar im Gesamtgebiet der heutigen Freien und Hansestadt Hamburg in früherer Zeit das Gemeine Recht geübt, die wasserrechtliche Entwicklung im Bereich des

1) Kloess 08, S.6 und 103.
2) Kloess 08, S.2.

heutigen Stadtstaates ist jedoch ausgesprochen eigenständig verlaufen. Das hat seinen Grund auch in der Tatsache, daß sich das Gebiet des heutigen Bundeslandes - und damit der Geltungsbereich des Hamburgischen Wassergesetzes vom 20.6.1960 - nicht mit dem Land des Stadtstaates aus der Zeit vor der Gebietsbereinigung im Jahre 1937 deckt, die zur Hauptsache zwischen Preußen und Hamburg, Lübeck sowie Oldenburg stattgefunden hat.[1)]

Durch das diesem Vorgang zugrunde liegende Gesetz gingen mit Wirkung vom 1.4.1937 im wesentlichen die früher hamburgischen Gebiete Geesthacht, Cuxhaven und Großhansdorf an Preußen über, während Hamburg von Preußen vor allem die bisher in Holstein gelegenen Landesteile Altona, Wandsbek, Poppenbüttel, Lohbrügge, Rahlstedt, Lohstedt sowie die Marsch- und Vierlande und die bisher in der Provinz Hannover gelegenen Bereiche Harburg, Wilhelmsburg, Finkenwerder, Fischbek und Cranz erhielt.

Während in den zu Preußen gefallenen Gebieten, nachdem jegliches hamburgische Wasserrecht außer Kraft gesetzt worden war, mit Wirkung vom 1.4.1938 das preußische Wassergesetz vom 7.4.1913 eingeführt wurde[2)], hat Hamburg in den zu ihm gekommenen Teilen das preußische Wasserrecht unverändert gelassen. So bestanden vor dem heutigen Wassergesetz im Stadtstaat zwei Wasserrechtskreise: ein preußischer - mit teils holsteinischer, teils hannoverscher Entwicklungsgeschichte - und ein hamburgischer.

Eigenart des hamburgischen war es, kein umfassendes Wassergesetz zu besitzen; vielmehr waren für alle mit den Gewässern zusammenhängenden Fragen Vorschriften aus den verschiedensten Normen, die zum Teil nur örtlich beschränkte Geltung besaßen, heranzuziehen: So war die Be- und Entwässerung in den Marschgebieten geordnet durch

---

1) Gesetz über Groß-Hamburg und andere Gebietsbereinigungen vom 26.1.1937 (RGBl I, S.91).
2) Preußische Rechtseinführungs VO v.18.3.1938 (GS, S.40).

das Gesetz vom 12.3.1936, das in seinem § 21 II entsprechende Vorschriften aus den Jahren 1929 bis 1933 aufhob. Die Bodenentnahme aus den Elbegewässern und Häfen regelte eine - nur oberhalb von Blankenese geltende - Verordnung vom 22.4.1929, die Anlage von Brunnen eine Brunnenordnung vom 26.5.1905. Mit der Wasserreinhaltung beschäftigte sich in allgemein gültiger Form nur der § 112 der Bauordnung vom 19.7.1918, die das Baupolizeigesetz vom 23.6.1882 ablöste. Viele wasserrechtliche Probleme waren in Staatsverträgen zwischen Hamburg und Preußen geregelt[1], anderes wurde subsidiären Gesetzen entsprechend im Einzelfall bestimmt[2]. Dies war, soweit nicht abweichendes partikulares Gewohnheitsrecht bestand, das gemeine Recht[3]. Nach ihm bestimmten sich in Hamburg u. a. Gewässereinteilung, Eigentums- und Vorflutangelegenheiten.Die Pflichten der Grundeigentümer bei der Unterhaltung der Wasserläufe waren für einige Fälle in einem Gesetz betreffend die Vereinigung der Vorstadt St. Pauli und anderer Vororte mit Hamburg vom 22.6.1894 enthalten.

Des weiteren fehlte eine einheitliche Deichordnung für das hamburgische Staatsgebiet, stattdessen bestand eine Vielzahl örtlich beschränkter öffentlich- und privatrechtlicher Vorschriften. Eine erste Norm auf diesem Gebiet war die im Jahre 1772 von den damaligen Kaiserlichen freien Reichsstädten Hamburg und Lübeck erlasse-

---

1) So für Unterhaltung und Ausbau der Hamburger Wasserläufe besonders die sog. Köhlbrandverträge mit Preußen vom 24.5.1868 und 22.10.1909 (vgl. auch RGBl 1921,961 und 1922,222).

2) So über Vorflut und Privateigentum unter Hinzuziehung gemeinen Rechts: OVG Hamburg in JW 1932, 1611 (Entscheidung vom 14.7.1931, Bd.4,S.7) und Hanseatische RGZ 1932, A 289. Über Gemeingebrauch und Anlagen an der Alster unter Zugrundelegung gemeinen Rechts: OVG Hamburg, Bd.2, S.67 (Entscheidung vom 22.11.1927) und Hanseatische RGZ 1928, A 117.

3) Vgl. Epilog zum Stadtrecht von 1603 in Wüsthoff, Handbuch 2, 7G, S.1135.

ne erneuerte Deichordnung für das Gebiet der Marsch- und Vierlande.

Gemäß Art. 5 des Haupt-Rezesses der Stadt Hamburg vom 15.10.1712 standen die Stromregalien - ebenso wie das Fischereiregal - der ganzen Stadt, damit also allen Staatsangehörigen zu.

b) Hansestadt Lübeck

Im Gebiet der Hansestadt Lübeck hat - ebenso wie in dem oldenburgischen Landesteil Lübeck, dem früheren Fürstentum - vor dem Inkrafttreten des Wassergesetzes des Landes Schleswig-Holstein vom 25.2.1960 das preußische Wassergesetz vom 7.4.1913 gegolten.

Das preußische Wassergesetz ist, nachdem früheres Recht außer Kraft gesetzt worden war, in der Hansestadt Lübeck zum 1.4.1938 eingeführt worden[1], da das Land infolge der Gebietsbereinigung im Jahre 1937 an Preußen kam[2].

Zuvor galt die Wasserlösungsordnung für den Lübeckschen Freistaat vom 6.12.1865, die sowohl Regelungen über Vorflut, Be- und Entwässerung als auch über Wassernutzung, Stauanlagen und das bei deren Errichtung zu beachtende Verfahren enthielt.

Subsidiär wurde das gemeine Recht angewendet. Im Jahre 1772 erließ die damalige Kaiserliche freie Reichsstadt Lübeck gemeinsam mit der Stadt Hamburg eine erneuerte Deichordnung für die Marsch- und Vierlande. Auf der Trave besaß Lübeck von der Brücke bei Bad Oldesloe bis zur Mündung die volle regale Stromhoheit, da ihr im Jahre 1188 von Friedrich I. (Barbarossa) die Aufnahme des gesamten Traveinundationsgebietes in das Weichbild der Stadt zugebilligt wurde[3].

---

1) Durch die preußische Rechtseinführungs VO v.18.3. 1938 (GS, S.40).
2) Gesetz über Groß-Hamburg und andere Gebietsbereinigungen v.26.1.1937 (RGBl I S.91) i.V.m. der Dritten Durchführungs VO.

c) Großherzogtum Oldenburg mit Landesteilen Birkenfeld und Lübeck

Das Großherzogtum Oldenburg, das bis zur Errichtung des Landes Niedersachsen am 1.11.1946[1] bestanden hat, ist 1815 gebildet worden, als den vereinigten Fürstentümern Oldenburg und Lübeck das Gebiet des Fürstentums Birkenfeld zugesprochen wurde. Die Verbindung des Fürstentums Lübeck, das zur Hauptsache aus einem Gebietsstreifen nördlich der Hansestadt Lübeck von Bad Schwartau und Travemünde bis über Eutin hinaus bestand, mit dem Fürstentum Oldenburg war kurz zuvor im Jahre 1803 vollzogen worden.

Daß sowohl in Birkenfeld wie im Landesteil Lübeck vor den dort heute gültigen Landeswassergesetzen ausschließlich das preußische Wassergesetz vom 7.4.1913 galt, hat seinen Grund darin, daß diese Landesteile im Zuge der Gebietsbereinigung im Jahre 1937[2] in Preußen aufgenommen wurden und im Zusammenhang damit oldenburgisches Wasserrecht außer Kraft gesetzt und zum 1.4.1938 das preußische eingeführt wurde[3].

Bei dieser Neugliederung[4] erhielt Oldenburg das früher preußische Stadtgebiet von Wilhelmshaven und den Wohnplatz Eckwarderhörn, wo allerdings das preußische Wassergesetz bestehen gelassen und auch seine später folgenden Änderungen eingeführt wurden[5]. Letztes oldenburgisches Wassergesetz war die Wasserordnung für das Herzogtum Oldenburg vom 20.11.1868. Sie war für das olden-

---

3) "ut usque ad locum, ad quem in inudatione ascendit fluvius qui Travene dicitur, eadem qua et intra civitatem fruantur per omnis iusticia et libertate". Nach Schröder - v.Künßberg, S.428, Fußnote 17.
1) VO Nr.55 der kritischen Militärregierung.
2) Gesetz über Groß-Hamburg und andere Gebietsbereinigungen vom 26.1.1937 (RGBl I S.91).
3) Preußische Rechtseinführungs VO v.18.3.1938 (GS, S.40).
4) Ebenfalls durch das Groß-Hamburg-Gesetz (Fußnote 2).
5) 7. Oldenburgische Ausführungsverordnung zum Groß-Hamburg-Gesetz, §2 II, §4.

burgische Hauptland bis zum Inkrafttreten des Niedersächsischen Wassergesetzes vom 7.7.1960 gültig und war zugleich die erste umfassende Wasserrechtsregelung in diesem Land, da sie neben Gewässereinteilung, Eigentumsregelung und Vorschriften über die Wasserkultur u.a. auch die Benutzung, Unterhaltung und Wasseraufsicht regelte[1]. Durch die Wasserordnung, bis auf wenige Vorschriften, außer Kraft gesetzt wurde das Gesetz über Bewässerungs- und Entwässerungsanlagen vom 22.3.1861[2]. Wasserrecht für Oldenburg war auch in dem Münsterschen Abwässeredikt vom 11.5.1771 enthalten.

Vor der Zeit eingehender Vorschriften bestimmten sich die Gewässerangelegenheiten in Oldenburg nach gemeinem Recht; ebenso in den Landesteilen Lübeck und Birkenfeld, allerdings mit Unterschieden im Umfang der Rezeption.

d) Hansestadt Bremen

Im heutigen Bundeslande Bremen galt vor dem Bremischen Wassergesetz vom 13.3.1962 - ähnlich wie in Hamburg und Oldenburg - gebietsweise früheres bremisches, gebietsweise auch preußisches Recht. Dieser Zustand rührt von einer im Jahre 1939 begonnenen Entwicklung her, als durch eine Verordnung vom 28.9.1939[3] die früher bremische Stadt Bremerhaven nach Preußen kommend der Stadt Wesermünde eingegliedert wurde - wobei Bremen allerdings das Hafengelände behielt - und im Norden und Süden der

---

1) Wasserreinhaltungsvorschriften waren im Fischereigesetz vom 17.3.1879 enthalten.
2) Vorschriften über Genossenschaften, wie sie die Wasserordnung und auch das Gesetz über die Bildung von Geestwassergenossenschaften vom 9.8.1922 enthielten, sind durch die Erste Verordnung über Wasser- und Bodenverbände vom 3.9.1937 (RGBl.I,S.933) aufgehoben oder ersetzt worden. Dasselbe gilt für die Deichordnung für das Herzogtum Oldenburg vom 8.6.1855 (§191 I WVbVO), die einer früheren aus dem Jahre 1681 nachfolgte.
3) RGBl.I,S.204.

Bremer Kernstadt die ehemals preußischen Gemeinden Lesum, Grohnen, Schönebeck, Aumund, Blumenthal, Farge, Heinelingen und Mahndorf an Bremen übergingen. Mit Wirkung vom 1.11.1939 galt in den umgegliederten Gemeinden das Wasserrecht des aufnehmenden Landes.

Diese Ordnung wurde auch bestehen gelassen, als im Jahre 1947 Wesermünde und Bremerhaven - zur Stadt Bremerhaven zusammengefaßt - wieder ins Land Bremen eingegliedert wurden. Daher galt der Vorgänger des heutigen Wassergesetzes, die Bremische Wasserordnung vom 27.12.1878, in der Stadt Bremen wie im Bremerhavener Hafengebiet.

Die Wasserordnung regelte vor allem die Be- und Entwässerung und die Vorflut und wurde ergänzt durch das Gesetz über den Ausbau öffentlicher Flüsse vom 17.7.1931 sowie die §§15 und 23 des Bremischen AGBGB. Sie trat an die Stelle des früheren Gesetzes betreffend die Ent- und Bewässerung der Grundstücke vom 9.7.1876. Gesetze von 1869 und 1856 und eine Verordnung von 1826 regelten Abwasserangelegenheiten[1].

Aufgrund früherer Verleihungen übte Bremen im 14. und 15. Jahrhundert die Stromhoheit auf der Weser von der Stadt bis zur Mündung aus und erwirkte im Jahre 1541 eine Bestätigung dieses Rechtes durch Karl V.[2]. Subsidiär galt in Bremen das Gemeine Recht.

e) Braunschweig

Das Gebiet des früheren Herzogtums Braunschweig deckt sich zwar im wesentlichen mit dem heutigen Verwaltungsbezirk Braunschweig, umfaßte aber mit dem Kreis Blanken-

---

1) Die Bremische Deichordnung vom 17.12.1878 - in großen Teilen durch die Erste Verordnung über Wasser- und Bodenverbände vom 3.9.1937 ersetzt - hatte Vorgänger aus den Jahren 1743 und 1686; aus dem Jahre 1449 ist noch ein Deichrecht in den bremischen vier Gauen und vom Jahre 1446 ein Deichrecht des Stedinger Landes bekannt.

2) Schröder - v.Künßberg, S.428 Fußnote 17.

burg und der Gemeinde Kalvörde im Kreis Gardelegen auch Gebiete innerhalb des früheren Landes Sachsen-Anhalt und hatte in der südlichen Hälfte seines Hauptlandes einen preußischen Korridor, den in etwa die Stadt- und Landkreise Goslar, Vienenburg, Salzgitter und Wartjenstedt ausmachten. Durch die sog. Salzgitter-Verordnung vom 25.6.1941 [1] und die 2. Durchführungs-Verordnung hierzu vom 31.7.1942[2] gab Preußen u.a. die Gebiete dieses Korridores an Braunschweig ab und erhielt dafür vor allem den Landkreis Holzminden und die Gemeinden Bodenburg, Ostrum, Oelsburg, Hessen und Pabstorf[3].Dieser Vorgang ist für das Wasserrecht von Bedeutung, weil in den umgegliederten Gebieten das Recht des aufnehmenden Landes eingeführt werden sollte[4], abweichend davon aber in den Braunschweig zugeschlagenen Landesteilen das preußische Wasserrecht in Kraft blieb.

Die bis zum Inkrafttreten des Niedersächsischen Wassergesetzes vom 7.7.1960 noch wirksamen braunschweigischen Regelungen galten daher nach der Umgliederung nur noch in denjenigen Gebieten des Verwaltungsbezirkes, die bereits zum Herzogtum Braunschweig gehört hatten. Zu diesen Regelungen gehörte vor allem neben einem Gesetz über die Freihaltung des Überschwemmungsgebietes der Wasserläufe vom 10.11.1921[5] das Wassergesetz für das Herzogtum Braunschweig vom 20.6.1876[6]. Diese Vorschrift enthielt Bestimmungen über die Gewassereinteilung, die Gewässererhaltung und -benutzung sowie auch über Unternehmungen von Be- und Entwässerungen. Sie veränderte und ersetzte früheres Recht, das in dem Wassergesetz vom 19.12. 1851 über Erhaltung und Veränderung der öffentlichen

---

1) RGBl.I, S.357.
2) RGBl.I, S.483.
3) Ins Einzelne gehende Gebietsaufzählung in Wüsthoff, Handbuch 2, 7E, S.1080.
4) 2.Durchführungs VO zur Salzgitter VO v.31.7.1942,§3.
5) Ges.u.VO.Samml., S.299.
6) Ges.u.VO.Samml., S.285.

Flüsse und Wasserzüge und in dem Gesetz über die Entwässerung der Grundstücke vom 9.12.1859 enthalten war. Vorschriften aus dem 18. Jahrhundert befassen sich mit der Errichtung und Genehmigung von Mühlen, die Gewässerangelegenheiten bestimmten sich nach den Grundsätzen des gemeinen und des im Mittelalter in Braunschweig geltenden sächsischen Rechts.

f) Lippe-Detmold

Das vollständig im heutigen Bundesland Nordrhein-Westfalen gelegene ehemalige Fürstentum Lippe-Detmold umfaßte ein etwa kreisförmiges Gebiet mit einem Durchmesser von 40 km und der Stadt Lemgo als geographische Mitte. Vor dem heutigen nordrhein-westfälischen Landeswasserrecht galt hier das preußische Wassergesetz vom 7.4.1913, das aus Gründen der Vereinheitlichung durch Verordnung vom 31.3.1952[1] mit Wirkung vom 1.4.1952 an die Stelle des lippischen Rechts gestellt wurde.

Das lippische Recht bestand aus zahlreichen einander ergänzenden Vorschriften, deren wichtigste das - dem badischen Gesetz vom 13.2.1851 angelehnte - Gesetz über Entwässerungs- und Bewässerungsanlagen vom 17.3.1859 war. Daneben waren vor allem bedeutungsvoll ein Gesetz betreffs Unterhaltung und Räumung der öffentlichen Gewässer vom 15.5.1920 und eines über die Errichtung von Anlagen zur Förderung und Ableitung von Wasser vom 4.4. 1930, die zum Teil ältere Gesetze und Verordnungen dieses und anderen wasserrechtlichen Inhaltes aus den Jahren 1779, 1812, 1887 und 1912 ersetzten. Subsidiär galt in Lippe-Detmold das gemeine Recht.

g) Schaumburg-Lippe

Mit der Bildung des Landes Niedersachsen am 1.11.1946[2] verlor das Fürstentum Schaumburg-Lippe - ein etwa 10 km

---

1) GVBl. NRW, S.53.
2) VO Nr.55 der Britischen Militärregierung.

breiter Gebietsstreifen von Bückeburg bis zum Steinhuder Meer längs des Ems-Weser-Elbe-Kanals - zwar seine Souveränität, jedoch blieben seine Gesetze, Verordnungen und sonstigen Vorschriften - nunmehr als Territorialrecht im neuen Bundesland - weiterhin gültig[1].

Für die Gewässer galten daher bis zum Inkrafttreten des Niedersächsischen Wassergesetzes vom 7.7.1960 das Gesetz betreffend die Räumung der natürlichen Wasserläufe vom 31.3.1898[2] und das Gesetz betreffend den Ausbau und die Unterhaltung der Wasserläufe und die Kultivierung von Grundstücken vom 19.7.1919[3] in der Fassung eines Abänderungsgesetzes vom 26.5.1935[4]. Da diese Vorschriften sich nur auf Vorflut sowie Gewässerunterhaltung und -reinhaltung bezogen, Verordnungen aus den Jahren 1795 und 1849 sowie ein Gesetz aus dem Jahre 1902 nur örtlich beschränkte Geltung besaßen, bestimmten sich die nicht ausdrücklich geregelten Gewässerangelegenheiten nach dem subsidiär geltenden gemeinen Recht.

B: Schlußfolgerungen aus dem Überblick

Die vorstehenden Schilderungen sollten einen Überblick über Aufkommen, Themenkreis und Entwicklung der wasserrechtlichen Spezialgesetze in den einzelnen Gegenden des Untersuchungsgebietes, und ihre Einbettung in die allgemeine Rechtsentwicklung geben. Mit der Darstellung von geographischer und rechtlicher Historie soll aber außer dem Überblick über das Ganze auch der Einblick ins Detail ermöglicht werden. Das hatte die häufig katalog-

---

1) Art.7 der VO Nr.55 der Britischen Militärregierung.
2) Schaumburg-Lippische Landesverordnungen Jg.1890,S.444; Inkrafttreten: 1.4.1898.
3) " " " Jg.1919,Nr.28, S.119.
4) " " " Jg.1935,Nr.34, S.157.

artige Darstellungsweise zur Folge. Mit dem vorstehenden Material wird es somit fast immer möglich sein, in kurzer Zeit zu einer bestimmten alten Gewässerbenutzung die Gesetze und Vorschriften aufzufinden, denen die Tätigkeit im Verlaufe ihres Bestehens unterworfen war und die auf sie eingewirkt haben.

Des weiteren ergeben sich aus den Schilderungen des zweiten Teiles die zeitlichen Abschnitte, zu denen nicht nur bei den allgemeinen Gesetzen, sondern auch auf dem Gebiet des Wassergesetzes sich jeweils in verschiedenen Ländern und damit für einen größeren Bereich des Untersuchungsgebietes umfangreichere Änderungen ergeben haben. In mehreren Ländern ungefähr zur gleichen Zeit sich vollziehende Erlasse neuer Gesetze weisen auf nicht nur rein ortsgebundene Änderungen in der Regelung der Wasserrechtsmaterie hin. Diese Zeitabschnitte bilden daher die Festpunkte für die Untersuchung der Gewässerbenutzungen im folgenden Teil 3.

Teil 3: Die alten Gewässerbenutzungen und ihre Rechtsgrundlagen

1. Abschnitt: Allgemeines

Aus Teil 2 der Abhandlung wird deutlich, daß die Gesetzgeber in den verschiedenen Ländern erst um die Mitte des 19. Jahrhunderts beginnen, sich eingehender mit den Gewässerbenutzungen zu beschäftigen. Frühere Spezialgesetze haben meist mehr den Schutz vor den Wassergefahren zum Thema, während die subsidiären allgemeinen Gesetze nur lückenhafte Benutzungsregelungen enthalten.

Das hat seinen Grund nicht so sehr in der dem alten deutschen Recht noch mangelnden Rechtstechnik - dann hätte sich der Zustand nach der Rezeption ändern müssen -, sondern vielmehr in der fehlenden tatsächlichen Notwendigkeit. Einem in Deutschland reichlichen Wasserschatz standen nur wenige Benutzungen von zumeist geringer Intensität gegenüber - hauptsächlich ausgeübt von einer extensiv betriebenen Landwirtschaft. Erst das Anwachsen der Bevölkerungsdichte, die Bildung größerer Städte, intensivere Technik und eine stärkere Fluktuation innerhalb der Bevölkerung zwangen, um die allgemeine Befriedigung sicherzustellen, zu umfassenden gesetzlichen Regelungen.

Die Notwendigkeit des Wassers für das menschliche Leben hatten sich bereits zuvor Einzelne oder Gruppen zu ihrem - meist finanziellen - Vorteil zunutze gemacht, wie vor allem die Auswüchse des Regalien-, Bann- und Lehnswesens zeigen. Auch dadurch wurde bereits innerhalb der Zustände an den Gewässern eine gewisse Ordnung geschaffen, sie blieb jedoch vielfach räumlich begrenzt, gebietsmäßig

unterschiedlich und ließ daher einen Überblick und weiträumig gezielte Planungen nicht zu. Diese waren angesichts eines von Benutzungen noch kaum belasteten Wasserschatzes auch nicht erforderlich. Das völlige Fehlen von Benutzungsregelungen für die Gewässer in den Volksrechten der Frühzeit ist daher nicht zufällig, sondern Ausdruck der Tatsache, daß jeder mögliche Gebrauch einem jeden ohne weiteres und unbeschränkt offen stand. Zwischen dieser Freiheit und den heutigen Vorstellungen liegt ein zeitlicher Abstand von über 1200 Jahren. Die Stellung der Gewässer als öffentliche Sachen im Gemeingebrauch, bei denen die Unschädlichkeit der Benutzungen für das Gesamtinteresse durch Erlaubnis- und Bewilligungszwang gewährleistet werden soll, ist im Verlaufe dieser Zeit nach und nach entstanden. Jede Änderung der Verhältnisse, sei sie bewußt und gezielt vorgenommen oder gewohnheitlich entstanden, baut auf dem vorangegangenen Zustand auf und erfolgte aus den verschiedenartigsten Gründen. So ließ die zunehmende Wichtigkeit der Gewässer als Verkehrswege im Mittelalter den Staat kraft seiner Hoheit das Recht für sich in Anspruch nehmen, Vorschriften gegen Beeinträchtigungen der Schiff- und Floßfahrt zu erlassen und die Benutzung der Ströme unter diesem Gesichtspunkt zu regeln.[1] Zur selben Zeit führte die wachsende Bedeutung der Fischerei als Gewerbezweig dazu, daß die Ausübung dieser Tätigkeit nicht mehr an allen Gewässern in der bisherigen unbeschränkten Art zugelassen war. Bereits vorher hatte die Natur der Sache bewirkt, daß Tätigkeiten, die größere Anlagen im oder am Gewässer erforderten, nur noch von den Anliegern ausgeübt wurden und werden durften[2].

Diese die Stellung des Menschen als Nutzer des Wassers betreffenden Vorgänge sind zwar geographisch wie inhalt-

---

1) Conrad II,1.Teil, 2.Abschnitt, 6.Kapitel §16, S.138 (mit Quellenangaben).
2) Kloess 08, S.11; lex Langob.I, Titel 27, Kap.I.

lich oft verschieden gewesen; in ihren Grundzügen und -entscheidungen decken sie sich jedoch. Für die Zeit bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts sind sie daher verhältnismäßig leicht überschaubar und in der Frühzeit vornehmlich gewohnheitsrechtlich geprägt.

2. Abschnitt: Gewässereinteilung und Benutzungen bis zum Beginn des 19. Jahrhunderts

A: Frühmittelalter und deutschrechtlicher Eigentumsbegriff

Aufgrund der Art und Weise der Landnahme mit Beendigung der Völkerwanderung waren die Beziehungen des Menschen zum Wasser geprägt von den natürlichen Anforderungen, die eine Agrarwirtschaft mit sich brachte. Die Benutzungen und ihre Ausübungsmöglichkeit bildeten sich aufgrund des räumlichen Verhältnisses zum Wasser und entwickelten sich gewohnheitsrechtlich.

Im Verlaufe der Völkerwanderung waren die germanischen Stämme von Nomaden zu Ackerbauern geworden. Dieser Vorgang war zu Ende des 5. Jahrhunderts abgeschlossen. Die Landnahme erfolgte dabei so, daß das gesamte Land Gemeingut aller zu einer Niederlassung gehörenden Mitglieder wurde, und zwar in der Form eines gemeinen Nutzungsrechts[1].

Dieses Nutzungsrecht war das Eigentum der germanischen Frühzeit; der Eigentumsbegriff der germanischen Agrarverfassung ist als Sachherrschaft (Besitz, Gewere) mit Nutzung durch Arbeit zu verstehen[2].

Mit der Zeit wurde das Gebiet der Einzelniederlassungen unterteilt in die Dorfflur, das dem Flurzwang unterworfene bebaubare Ackerland und das unbebaute Land, die Allmende[3].

---

1) Kloess 08, S.3.
2) Conrad I, S.10, mit Literaturhinweisen zur Streitfrage, ob am Anfang der Agrarverfassung Gemein- oder Sondereigentum gestanden hat.
3) Althochdeutsch: "alagimeinida" = das allen gemein zustehende Land.

Nach dieser Teilung kann erstmalig von Eigentum an einem Sondergut, nämlich an der innerhalb der Hofstätten der Bauern gelegenen Dorfflur gesprochen werden. Das Ackerland blieb zunächst noch Gemeingut und wurde - in Gewanne geteilt - den einzelnen Bauern zur Bearbeitung überwiesen[1]; im Laufe der Zeit ging jedoch auch dieses Land in das Sondereigentum der jeweils Bebauenden über. Damit blieb nur noch die Allmende Gemeingut; zu ihr gehörten vornehmlich Ödland, Weiden, Wald und auch Gewässer. Jeder Markgenosse konnte sie in einer durch das Markgericht bestimmten Weise nutzen. Zu den Markgenossen zählten alle eingesessenen, die Ackerflur bebauenden und wehrfähigen Männer. Diese Entwicklung schlug sich auch bei den Gewässern nieder.

Zu Anfang waren alle Gewässer - wie das Land - Gemeingut und standen jeglicher Benutzung durch jedermann offen.

Bereits mit dem Übergang der innerhalb der Hofstätten gelegenen Fluren in Sondereigentum wurden auch die darin eingeschlossenen Wasser dem Gemeingut entzogen; in der Regel nur aus Brunnen oder kleinsten Bächen bestehend, waren sie jedoch ohne weites Interesse. Einschneidender war dagegen die Überführung des bebauten Ackerlandes - und damit auch der darin befindlichen Gewässer - in das Sondereigentum der Bauern. Bei diesen Wassern handelte es sich immerhin schon um Quellen, ihre Abflüsse (Feldbäche) und Teiche[2]. Größere Gewässer gehörten nicht dazu, da sie nicht durch einheitliche Ackerfluren flossen, sondern deren Grenzen bildeten. Diese wie auch alle anderen Wasser - wie Seen - blieben Gemeingut und standen, als gemeine Gewässer bezeichnet, weiterhin dem Gebrauche aller offen. Bisweilen werden sie in der Literatur[3] auch Allmendgut, ihr Gebrauch Allmendenutzungsrecht, genannt;

---

1) Von hierher rührt die Gemenglage der Fluren.
2) Kloess 08, S.4; Schül S.13.
3) Kloess 08, S.7.

die Terminologie ist erklärlich durch die Stellung der Gewässer als Gemeingut, verwirrt aber, weil von den gemeinen Wassern diejenigen eine besondere Gruppe bildeten (die Allmendegewässer), die durch die Allmende flossen und nicht schiffbar waren[1].

Zwar kannte das germanische Recht keine abstrakte Gewässereinteilung, gewohnheitlich hatte sich jedoch eine Dreiergruppierung herausgebildet, die mit den Eigentumsverhältnissen übereinstimmte: die Quellen, Bäche und Teiche innerhalb der Ackerfluren, die Allmendegewässer und die größeren schiffbaren Wasser. Die beiden letzten Arten waren Gemeingut.

Diese Unterscheidung war ausschlaggebend für die Benutzung der Gewässer.

Der Grundsatz, daß das Gemeingut jedem für jeden Gebrauch offenstand, wurde auch nach dem Übergang der Ackergewässer in das Sondereigentum der Bauern beibehalten[2]. Geändert, d.h. vermindert, hatte sich zwar der Kreis der Gewässer, nicht jedoch das Prinzip der Nutzung. Da das Gemeingut das Nutzeigentum aller war, war der Gemeingebrauch entsprechend Gemein-eigentums-gebrauch. Daraus folgte die Pflicht eines jeden Benutzers zur Rücksichtnahme auf das Recht des anderen.

Der jedem Gebietsangehörigen zustehende Gemeingebrauch umfaßte nicht nur Tätigkeiten wie Waschen, Tränken, Schiffahrt oder Fischerei, sondern auch die Fischzucht, Müllerei und Bewässerung. Aufgrund ihrer technischen Eigenarten - wie das Erfordernis von Wehren, Triebvorrichtungen usw. - setzten die drei letzten Benutzungen jedoch die Verfügung über das Ufer voraus. So entstanden im Laufe der Zeit zwei Nutzungsmöglichkeiten:

der Gemeingebrauch in der Beschränkung auf Tätigkeiten,

---

1) Schröder - v. Künßberg, S.581, Fußnote 81.
2) Schül, S.13.

die keine Verfügung über das Ufergrundstück voraussetzten und die Benutzungsrechte der Ufergrundstückseigentümer[1]; sie waren dem jeweiligen Liegenschaftseigentümer zustehende Vermögensrechte, deren Charakter aus den Rechtsquellen nur schwer erkennbar und dem von Regalrechten nicht unähnlich ist.

Trotz dieser Entwicklung blieben zwar alle Gewässer Gemeingut, jedoch änderte sich das Prinzip des Gemeingebrauchs dahin, daß er nur noch dort und insoweit ausgeübt werden durfte, als er einer auf einem Sonderrecht beruhenden Benutzung nicht entgegenstand[2].

Dieses Bild des Gewässergebrauchs - an den Quellen, Feldbächen und Teichen unbeschränkte Nutzung durch den Ackereigentümer, an den gemeinen Wassern Gemeingebrauch durch alle Gebietsangehörigen und Sondernutzung - wird modifiziert durch den Gebrauch der Allmendegewässer. Sondernutzungen gab es an ihnen nicht, da sie innerhalb der Mark liegend keine Ufereigentümer hatten. Der Gemeingebrauch stand nur den Markgenossen zu. Die Unterscheidung zwischen diesen und den Gebietsangehörigen wird wichtig, als nicht dem Bauernstand angehörende Personen, wie Handwerker, in die Gemeinden zuzogen. Ihnen blieb die Nutzung der Allmendegewässer verwehrt, die sich damit von einem Gemeingut zum Gesamteigentum der Märker wandelten[3]. Die Entwicklung reichte hinüber in das Hochmittelalter.

B: Hochmittelalter

Die geschilderte bäuerliche Siedlungsform dauerte auch in dieser Zeitspanne im wesentlichen unverändert an[4].

---

1) Kloess 08, S.7,10.
2) Vgl. §23 I, 2.Halbsatz WHG.
3) Conrad II, S.273; Kloess 08, S.16.
4) Conrad I , S.200.

I: Die Grundsätze der Gewässerbenutzung

Das Wasserrecht des Hochmittelalters behielt die früheren Hauptgesichtspunkte ebenfalls bei: nach der tatsächlichen Möglichkeit der Wahrnehmung der Benutzungen an den einzelnen Gewässern bestimmten sich der Gemeingebrauch und die Sonderrechte[1].

Im Laufe der Jahre gewannen Fischerei, Müllerei und Schiffahrt große Bedeutung als Gewerbezweige. Im Zusammenhang damit nahmen sich die Rechtsbücher der Materie des Wassers an. In der Folge wurde nunmehr bei den gemeinen Gewässern unterschieden zwischen den schiffreichen Verkehrsgewässern und den nicht schiffreichen kleineren Wassern.

Bei den letzteren, zu denen auch die Allmendegewässer zählten, waren die Sondernutzungsrechte der Anlieger weiterhin am gesamten Wasserlauf zulässig; bei den ersteren wurden sie auf das Uferwasser beschränkt. Wasserentnahmen waren nur gestattet, wenn das Wasser nach Gebrauch wieder eingeleitet wurde. Bei beiden Gewässergruppen stand der Gemeingebrauch weiterhin jedermann offen[2].

Er endete jedoch da, wo die Gewässer von den Anliegern als "gehegte Gewässer" oder Bannwasser - zumeist zum Zwecke der Fischzucht - in Anspruch genommen wurden[3]. Wenn auch nunmehr in den Folgen intensiver, war diese Tatsache doch Ausdruck des alten Grundsatzes, daß der Gemeingebrauch Sondernutzungen nicht stören durfte. Da sie Anlagen (Gitter) im Wasser erforderte, war die

---

1) Kloess 08, S.18f.
2) Kloess 08, S.19f.
3) "Gehegte Gewässer" waren solche, bei denen die Anlieger Gitter in das Wasser hängten, um ein Durchschlüpfen der Fische zu verhindern.
Bannwasser wurde ein Gewässer, wenn es durch "Bannung" von dem Anlieger zu seinen Gunsten ganz oder zum Teil für immer oder zeitlich begrenzt für die Zwecke einer ausschließlich eigenen Sondernutzung dem Gebrauch durch andere entzogen wurde.

Fischzucht eine Sondernutzung. Die Gewässer blieben, weil sie jetzt in ausschließlichem, dauerndem Nutzungsbesitz standen, nur noch dem Namen nach Gemeingut und wurden von den Benutzenden vielfach als "eigen" bezeichnet[1].

II: Entstehung und Wesen des Regalienrechts

Diese Form der Benutzungsverhältnisse am Wasser änderte sich mit dem Aufkommen des Regalienrechts in der fränkischen Zeit. Ihren Grund hat diese Entwicklung vor allem in folgenden Tatsachen:

Nachdem die Einfälle fremder Völker nach West- und Mitteleuropa, die durch die stammesmäßige Zerissenheit und Uneinigkeit vor allem in Deutschland möglich geworden waren, mit der Seßhaftwerdung der Normannen im Jahre 911 und der Niederlage der Ungarn im Jahre 955 im wesentlichen beendet waren, festigte sich die königliche Gewalt. Der damit einhergehende steigende Finanzbedarf des Herrschers mußte gedeckt, sowie - was das Wasser betrifft - zwecks Normalisierung des Lebens die wichtige Schiffahrt gesichert werden. Aus diesen Gründen erfaßte das Regalienrecht bei den Gewässern als erste die schiffreichen Ströme[2].

Seinem Wesen nach war das Regalrecht dem Eigentum nach heutiger Auffassung verwandt.[3] Das Regal selbst war originäre Herrschaft über die körperliche Natur einer Sache, die zunächst nur dem König zukam. Diese Herrschaft war nicht unbeschränkt, sondern von Anfang an eingegrenzt durch die Natur der Sachen, durch öffentliche Interessen und durch das Eigentum, über das es sich in der Art

1) Kloess 08, S.37f.; Hesse in Iher.Jb. Bd.VII,S.179 (313); Treuenfels, S.7ff; vgl.oben S.78.
2) Conrad I, S.275; Schül, S.14.
3) Bluntschli, S.225 bezeichnet es als erste Auswirkung der Ausbildung deutscher Juristen in Italien.

einer höheren Herrschaft spannte[1]. Regal war also nicht das Gewässer in seiner Gesamtheit, sondern nur in seinen einzelnen Beziehungen; so gab es das Stromregal (Schiffahrt), Floßregal, Mühlenregal, Fischereiregal.

Das Regalienrecht führte dazu, daß die als königliche Reichsstraßen bezeichneten schiffreichen Gewässer[2] den Gauen, Markgenossenschaften und Anliegern entrissen wurden, was zwar am Gemeingebrauch nichtsänderte [3][4] wohl aber zur Aufhebung der bisherigen Benutzungsrechte der Anlieger führte[5].

Aus den Regalien wurden jedoch einzelne Gerechtsame abgeleitet. Dieser materielle Genuß des Regals wurde gegen Zins oder Dienstleistungen an Dritte überlassen[6]. Darin bestand für den König die vermögensrechtliche Komponente der Regalien, während sich ihre "öffentliche" Zweckbestimmung in einem Aufsichtsrecht ausdrückte, aufgrund dessen beispielsweise Verordnungen zum Schutz des Gemeingebrauchs erlassen wurden[7][8].

Aber nicht nur Gerechtsame, auch die Regalien selbst wurden im Mittelalter vom König in Form eines Lehens an selbständige Fürsten oder Städte übertragen[9]. In diesen Zessionen liegen die Ansätze des Rechtsinstituts der Verleihung.

Erstreckten sich die Wasserregalien anfangs nur auf die schiffreichen Gewässer, so umfaßten sie bald auch die

---

1) Bluntschli, S.227.
2) Conrad I, S.275f.
3) Conrad I, S.276.
4) Bis auf den freien Fischfang (Fischereiregal); Conrad II,S.144; vgl.auch d.Forts.d.Entwicklung in ALR II16§73.
5) Schül, S.18; Kloess 08, S.198.
6) Bluntschli, S.227.
7) Schül, S.19.
8) Mit diesen zwei Komponenten wird die Eigenart des mittelalterlichen deutschen Rechts sichtbar, daß eine Trennung von öffentlichem und privatem Recht nicht besteht.
9) Friesecke, Bundeswasserstraßen, S.16.

nicht schiffreichen. Das lag daran, daß in zum Teil überhand nehmendem Maße geistliche und weltliche Herrscher aus freien Stücken Gewässer mit einem Regalrecht belegten[1], vor allem, als ab dem 15. Jahrhundert das Erfordernis des Nachweises der stromhoheitlichen Befugnis in Vergessenheit geriet[2].

Nicht dem Wasserregal unterworfen waren vor allem die Allmende - und die privaten Gewässer, obwohl auch bei letzteren bisweilen Regalien vorkamen[3]. Ohne daß der Inhaber des Regalrechts Eigentum an dem Gewässer hatte, konnte er durch Gerechtsame dennoch Nutzungen an diesen Wassern verleihen - eine Begründung privater Rechte an fremder Sache durch den Nichteigentümer.

Unter dem Einfluß des römischen Rechts nahmen die Regalien als Vermögensrechte später den Charakter reiner Privatrechte an mit der Folge, daß sowohl die verliehene Rechtsausübung wie auch die Verleihung privatrechtlich wurden - unter Wegfall der heute dem öffentlichen Recht angehörenden Befugnisse[4].

III: Das Schicksal der Allmendegewässer

Von dieser die gemeinen Wasser erfassenden Entwicklung wich das Schicksal der Allmendegewässer ab.

Als einzige blieben sie frei von Regalien, was daran gelegen haben mag, daß es an ihnen mangels Anlieger keine Sondernutzungen gab.

Der Gemeingebrauch stand zunächst noch überall, wie in früherer Zeit[5], nur den Markgenossen zu, als deren Gesamteigentum die Allmendegewässer dadurch anzusehen wa-

---

1) Schül, S.21.
2) Friesecke, Bundeswasserstraßen, S.16.
3) Schül, S.21.
4) Schül, S.22.
5) Vgl. oben S.81.

ren. Später wurden sie mancherorts nach und nach dem Gemeingebrauch aller Gebietsangehörigen geöffnet, mancherorts[1] auch von den Landesherren widerrechtlich für sich in Anspruch genommen und den Märkern nur noch zur Nutzung überlassen. Am weitaus häufigsten verblieben sie aber dennoch als Gesamteigentum den Markgenossen und wurden ungefähr ab dem 14. Jahrhundert Vermögen der sich bildenden politischen Gemeinden (Kämmereigut, Ortsvermögen). Die Nutzungsrechte der Märker sah man entweder als private Berechtigungen oder als öffentlich-rechtlichen Ausfluß der Gemeindemitgliedschaft an[2)3)].

Diese noch von der Struktur der alten Agrargemeinschaft herrührenden Beziehungen wurden mit dem Ende des 18. Jahrhunderts durch die Gemeinheitsteilungsgesetzgebung beseitigt[4)].

IV: Lehnsrechte an den Gewässern

Ebenfalls durch die Gemeinheits- und Ablösungsgesetzgebung aufgehoben wurden die Lehnsrechte[5)].

Die Lehnsrechte sind ein besonders deutlicher Ausfluß der soziologischen Entwicklung im Mittelalter; sie kamen nicht nur an Gewässern, sondern auch an anderen Gütern vor. Ihr Ursprung lag in der Zeit der Kultivierung des slawischen Ostens. Die Könige nahmen zur Vergrößerung ihrer Macht Ritter und Freie als Vasallen in ihren Dienst und belehnten sie dafür mit einem - oft von der Kirche genommenen - Gut. Dem Lehnsherrn stand die rechtliche Bestimmung über das Gut, das sog. Obereigentum, dem

---

1) Vor allem z.B. in Tirol.
2) Vgl. ALR II 7 §28.
3) Die letzte Auffassung vor allem unter dem Einfluß der französischen Revolution entstanden; vgl. dazu Bayerisches Gemeindeedikt von 1808, §27.
4) Für Preußen: ALR I 17 §§311,361; Gemeinheitsteilungsverordnung vom 7.6.1821 (GS. S.53).
5) Wie auch die Bannrechte.

Lehnsmann ein mehr oder minder ausgedehntes Nutzungsrecht zu. Die Vasallität ließ die Macht der Grundherren steigen und bei ihrer Ausdehnung oft freien Hufenbesitzern zum Hindernis werden, wodurch diese vielfach veranlaßt waren, ihre Freiheit der Ruhe zu opfern[1]; deshalb verdangen sie ihre Güter den Grundherren zu Lehen, sodaß diese das Obereigentum erhielten, oder sie belegten ihre Güter zu Gunsten der Grundherren mit Reallasten.

Die so entstandene Abhängigkeit der Bauern und freien Adeligen von Grundherren bestimmte sich nach dem Lehnsrecht, einem besonderen Rechtsverhältnis, das aus privat- und öffentlich-rechtlichen, dinglichen und persönlichen Elementen bestand und in verschiedenen Abstufungen von einem mit Abgaben und Frondiensten belasteten Eigentum (Erbpacht-, Erbzinsgüter, Zins-, Beutellehen) bis zu einem bloßen Nutzungsrecht an dem zu Lehen gegebenen Gute (Laßgüter, Meiergüter) reichte.

V: Zusammenfassung

So scheint das Wasserrecht am Ende des Mittelalters ein Bild großer Verwirrung zu bieten. In dem Maße, wie es bisweilen beklagt wird[2], ist das jedoch nicht der Fall. Ebenso kann von sechserlei Gewässern nur geredet werden[3], wenn man unterschiedliche Rechtsinstitute einander gleichachtet.

Die Einteilung, die sich gewohnheitsrechtlich ergeben hatte, ist auch am Ausgang des Mittelalters nicht grundsätzlich zerbrochen. Sie bestand vielmehr weiterhin in der Unterscheidung zwischen Gewässern in Sondereigentum und solchen, die Gemeingut waren.

---

1) Kloess 08, S.31.
2) Schül, S.14.
3) Kloess 08, S.38.

Zu den Gewässern im Sondereigentum gehörten seit der Frühzeit Quellen, Feldbäche, Teiche und kleinere, meist unfreie Wasser innerhalb von Hofstätten; sie standen noch zu Ende des Mittelalters zu jeglicher Benutzung ausschließlich den Eigentümern zu.

Zu den gemeinen Gewässern zählten alle anderen fließenden, also freien, Wasser. An ihnen war jedermann zum Gemeingebrauch und die Anlieger zu Sondernutzungen befugt, wobei letztere bei den schiffreichen Gewässern auf das Uferwasser beschränkt waren. Die in voller Breite den Sondernutzungen der Anlieger offenstehenden nicht schiffreichen Gewässer wurden in der Regel als deren (deutschrechtliches) "Eigentum" bezeichnet[1)2)].

An dieser Einteilung haben Regalien-, Bann- und Lehnsrecht nichts geändert; sie orientierten sich vielmehr an ihr und beeinflußten ausschließlich die rechtlichen Voraussetzungen und Grundlagen der Benutzungen.

So bestanden die lediglich die Sondernutzungen erfassenden Regalrechte an allen gemeinen Gewässern; Bannwasser hingegen waren nur die gemeinen nicht schiffreichen Wasserläufe. Die Bannung hatte, gleichgültig wer sie vornahm, zur Folge, daß hier Gemeingebrauch und andere Sondernutzungen unzulässig waren. Ein Lehen schließlich konnte nur an "eigenen" Gewässern bestehen.

---

1) Oben S.82 f.

2) Obgleich der Begriff des Eigentums sich durch die Rezeption des römischen Rechts wandelte, blieb dieser Sprachgebrauch als Einteilungskriterium der Gewässer bis in die neueste Zeit erhalten. So faßt das bayer. WG. von 1907 nur die schiffbaren Gewässer als öffentlich, alle anderen als private Wasser auf - letztere jeweils entsprechend mit bzw. ohne Gemeingebrauch.

C: Rezeption und frühes gemeines Recht

Die gegen Ende des 15. Jahrhunderts einsetzende Rezeption des römischen Rechts hat neben anderen Gebieten auch das des Wasserrechts beeinflußt. Die Aufnahme war in den verschiedenen Gegenden Deutschlands unterschiedlich intensiv; z.B. in Bayern wegen der engen Beziehungen nach Italien stärker als im norddeutschen Raum.

I: Die Aufnahme des römischen Wasserrechts

Die Aufnahme des römischen Wasserrechts hat sich nicht schlagartig, sondern stetig - vom 16. bis 18. Jahrhundert bisweilen zögernd[1] - vollzogen und ihren endgültigen Umfang erst im 19. Jahrhundert erhalten, als die Kodifikationen den bis dahin erreichten Zustand mehr oder weniger festschrieben.

Bei aller unterschiedlichen Intensität der Rezeption ist jedoch festzustellen, daß sie im Wasserrecht weniger stark als auf anderen Gebieten war; sie bestand im Grunde entweder in einer Ausfüllung deutscher Begriffe mit römisch-rechtlichem Inhalt (z.B. beim Eigentum) oder in einem Gebrauch rezipierter Begriffe im deutschrechtlichen Sinn (z.B. bei den öffentlichen Gewässern). Der Grund hierfür ist vor allem in zwei Tatsachen zu sehen: Die erste war eine Eigenart des deutschen Rechts im Mittelalter und die andere lag in dem klimatischen, geologischen und hydrologischen Unterschied zwischen Deutschland und Italien.

Was die erste Tatsache betrifft, so handelte es sich um einen in der Sachsenspiegelglosse stehenden Rechtssatz, der mit dem Schlagwort "Landrecht bricht gemeines Recht" umschrieben wird. Er besagte, daß überörtliches Recht nur dann angewendet werden sollte, wenn kein "Privileg",

---

1) Oben S.33.

d.h. kein einheimisches Recht eine Regelung traf. Im Gegensatz zu den großräumiger geltenden Partikularrechten bewahrten die Ortsrechte daher noch längere Zeit ihren deutschrechtlichen Inhalt[1]. In Mitteldeutschland haben sich in manchen Gegenden sogar noch bis zum Beginn dieses Jahrhunderts gewohnheitlich deutschrechtliche Reste erhalten[2].

Die zweite Tatsache, die die Rezeption im Wasserrecht erschwerte, betrifft die unterschiedliche Art, in der das Wasser in Deutschland und Italien in der Natur vorkommt. Infolge spärlicher Bewaldung und geringer Niederschlagsmengen besitzt Italien keinen großen Wasservorrat. Die Landwirtschaft war in starkem Maße auf künstliche Bewässerung angewiesen; da das Austrocknen zahlreicher Gewässer im Sommer anderen Gebrauch kaum zuließ, stellte die Landwirtschaft zugleich den Hauptbenutzer dar. Auf diese Verhältnisse war das römische Wasserrecht zugeschnitten; zum Zwecke der Befriedigung der notwendigen Bedürfnisse der Allgemeinheit hielt es die Gewässer von Rechten Einzelner frei. Deutschland hingegen hatte unter Wassermangel im Mittelalter nicht zu leiden. Die Landwirtschaft wurde durch die natürlichen Niederschläge ausreichend versorgt, sodaß die Gewässer, die zu jeder Jahreszeit Wasser führten, hauptsächlich als Verkehrswege, zur Müllerei und Fischzucht dienten. Das deutsche Wasserrecht wies also auch eine andere Zielrichtung als das römische auf.

Daß das römische Wasserrecht dennoch in Deutschland Eingang fand, lag nicht zuletzt daran, daß es aufgrund seiner Abstraktheit und Durchbildung übersichtlicher war als das deutsche Recht. Die in jener Zeit meist in Italien (Ravenna) ausgebildeten Juristen, die nach und nach in Gerichtshöfe und Verwaltungen einrückten, sorgten für seine allgemeine Verbreitung[3].

---

1) Kloess 08, S.41; Schül, S.15.
2) z.B. in Sachsen; Kloess 08, S.46.
3) Kloess 08, S.41.

II: Skizzierung der wichtigsten Unterschiede zwischen deutschem und römischem Wasserrecht

Der einschneidendste Unterschied zwischen deutschem und römischem Wasserrecht bestand in der Verschiedenartigkeit des Eigentumsbegriffes. Mit diesem Institut hingen die Einteilung der Gewässer und die Regelungen ihrer Benutzung eng zusammen.

1) Der Eigentumsbegriff

Die Definition des Eigentums als tatsächlicher und rechtlicher Sachherrschaft im römischen Wasserrecht machte wegen des Erfordernisses der tatsächlichen Beherrschbarkeit der Sache die Unterscheidung zwischen okkupiertem, also unfreiem, Wasser und der sogenannten aqua profluens, der fließenden Wasserwelle, nötig.

Nur am okkupierten Wasser waren Eigentum und sonstige dingliche Rechte denkbar, denn nur dieses Wasser ließ sich tatsächlich beherrschen, da es sich wegen seiner Einfassung in künstliche oder natürliche Gefäße nicht gegen den Willen des Beherrschenden verflüchtigen konnte. Die fließende Wasserwelle hingegen befindet sich in einer weiterführenden Senke in der Erdoberfläche, dem Bett. Als am Ort verharrender Teil der Erde war zwar das Bett eigentumsfähig, nicht dagegen die aqua profluens, die "als zusammenhängendes, die Quelle mit der Mündung verbindendes Ganzes wegen der dauernden Änderung ihres Standortes"[1] sich der Einwirkung durch den Menschen in ihren einzelnen Tropfen ständig entzieht. Eine Ausnahme von der Möglichkeit, lediglich am okkupierten Wasser Eigentum haben zu können, sah das römische Recht allerdings vor: Quellen wie auch unterirdische Wasseradern standen als "portio fundi" im Eigentum der Grundeigentümer.[2]

---

1) Schül, S.12.
2) Ob sich das Eigentum auch auf den Quellabfluß erstreckte, ist nicht überliefert; Kloess 08, S.45.

Die Bedeutung der rechtlichen Sachherrschaft liegt in der grundsätzlich alleinigen Verfügungsbefugnis des Eigentümers über die Sache; andere sind von jeglicher Einwirkung ausgeschlossen, solange der Eigentümer sich nicht zu ihren Gunsten in seiner Verfügungsmacht beschränkt. Eine im Eigentum stehende Sache war daher stets verkehrsfähig.

Das alte deutsche Recht dagegen kannte weder das Auseinanderfallen von rechtlicher und tatsächlicher Sachherrschaft, noch die Unterscheidung zwischen fließender Welle, Bett und okkupiertem Wasser. Seiner Auffassung vom Eigentum als vererblichem Nutzungsrecht[1] entsprechend war bei ihm jeweils nach der tatsächlichen Möglichkeit des Gebrauchs ein Gewässer entweder einem Einzelnen "eigen" oder allen "gemeineigen". So waren sowohl die auf dem Boden eines Einzelnen befindlichen Wasser sein "Eigen", als auch alle von ihm angelegten, also künstlichen, fließenden Gewässer, wie beispielsweise ein Mühlenkanal. Auch natürliche fließende Gewässer konnten einem Einzelnen zu "eigen" sein[2].

2) Die Gewässereinteilung

Während im alten deutschen Recht der Eigentumsbegriff gewohnheitlich an der Lebensweise des Volkes sich gebildet hatte, wurde er im römischen Recht abstrakt geschaffen. In gleicher Weise ergab sich im deutschen Recht auf der Grundlage des Eigentums und mit ihm identisch auch die Gewässereinteilung gewohnheitlich und verfestigte sich nach und nach.

Im römischen Wasserrecht hingegen mußte bei der Einteilung der Gewässer die Tatsache berücksichtigt werden, daß bei einem im Eigentum stehenden Gegenstand ein

---

1) Oben S.78.
2) Oben S.83 und 88.

Gebrauch durch andere grundsätzlich nicht möglich war. Das Erfordernis, wegen der Wasserknappheit den vorhandenen Schatz möglichst vielen zugute kommen zu lassen, bestimmte zum Ziel der Einteilung die Freihaltung der Wässer von Rechten Einzelner. So wurden die Gewässer in "flumina publica" und "flumina privata (torrentia)" eingeteilt. Nur die letzteren waren eigentumsfähig und machten natürlicherweise bei den Flüssen nur die wasserwirtschaftlich unbedeutenden, nicht ständig fließenden aus. Die ersteren gehörten zu den sogenannten "res publicae", waren - um frei von privaten Rechten zu sein - "extra commercium", verkehrsunfähig, und dienten jedermann zum Gebrauch[1]. Ein Eigentum, auch in der Form eines Gesamteigentums des römischen Volkes, gab es an ihnen nicht[2].

3) Die Grundzüge der Benutzungsregelungen

Der Gebrauch der flumina publica durch jedermann umfaßte vor allem Tätigkeiten, die ausgeübt werden konnten, ohne ein räumlich enges Verhältnis zum Ufer zu erfordern, wie z.B. Schiffahrt, Flößerei oder Fischerei. Diese Übereinstimmung der Benutzungsmöglichkeit durch jedermann mit dem Gemeingebrauch des alten deutschen Rechts war jedoch nur äußerlich. Der Gemeingebrauch beruhte auf einem Eigentumsrecht am Gewässer; die dem Gemeingebrauch dienenden Wasserläufe waren, da von allen gemeinsam benutzt, als Gemeingut allen Gebietsangehörigen "gemeineigen". Die flumina publica des römischen Wasserrechts hingegen sind eigentumsunfähig gewesen. Eine Benutzung

---

1) Kloess 08, S.44ff.
2) Der im römischen Recht bestehenden Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichen Recht entsprechend gehörten die flumina privata zum Privatrecht während die flumina publica den öffentlich-rechtlichen Regelungen unterfielen. Die Eigenschaft des Gewässers bestimmte auch die des Bettes.

aufgrund des Eigentums gab es im römischen Recht nur bei den flumina privata. Gewässer, die auch anderen zum Gebrauche offenstanden, konnten nie aufgrund eines Eigentums benutzt werden. Umgekehrt durften daher auch Gewässer, die durch jedermann sollten benutzt werden können, nicht in irgendjemandes Eigentum stehen. Benutzung durch jedermann und Eigentum schlossen sich im römischen Wasserrecht - ganz im Gegensatz zum deutschen - also aus.

Die Benutzung der flumina publica zu gewissen Tätigkeiten durch jedermann beruhte auf einer anderen Rechtsgrundlage: der "Publizität", also der Allgemeinheit der öffentlichen Sachen. Sie waren bestimmt zum Dienste der Allgemeinheit, wobei unter dieser jedoch nur das römische Volk verstanden wurde[1]. Ihm stand an den "res publicae" der sogenannte "usus publicus" zu. Die Geschlossenheit des Kreises macht das Adjektiv "publicus" deutlich. Der usus publicus an den flumina publica auf der einen Seite und der ausschließliche Gebrauch der flumina privata durch den Eigentümer auf der anderen Seite waren die einzigen Grundlagen im römischen Recht, ein Gewässer ohne besondere Gestattung benutzen zu können. Besondere Gebrauchsmöglichkeiten durch Anlieger waren unbekannt[2].

Dem usus publicus der römischen Staatsbürger an den öffentlichen Gewässern stand der "usus communis" aller Menschen am Wasser als einer "res naturali iure omnium communis" gegenüber. Mit der Unterscheidung zwischen usus publicus und usus communis hinsichtlich des Gebrauchs der nicht privaten Gewässer durch jedermann entsprach das römische Recht zwar nicht dem deutschen Gemeingebrauch am gemeinen Wasser, wies aber starke Ähnlichkeiten mit den Allmendegewässern auf. Auch an diesen war die Benutzung nur einem bestimmten Personenkreis, den Markgenossen, aufgrund seiner Herkunft vor-

---

1) Kloess 08, S.50.
2) Kloess 08, S.46.

behalten; Sonderrechte von Anliegern bestanden nicht. Als ab dem 14. Jahrhundert die Allmendegewässer vielfach in das Vermögen der politischen Gemeinden übergingen, kamen sie auch in ihrer rechtlichen Qualität den res publicae sehr nahe.

III: Das frühe gemeine Recht

Der Wasserschatz kann stets nur so genutzt werden, wie dies aufgrund seines tatsächlichen Dargebots möglich ist. Dem müssen sich die rechtlichen Regelungen unterordnen. Sie sind des weiteren abhängig von den staatsrechtlichen Gegebenheiten des jeweiligen Landes. Beides bestimmte Art und Umfang der Rezeption.

Die Aufnahme des auf Natur und Staat in Italien zugeschnittenen römischen Wasserrechts hat daher in Deutschland für die tatsächliche Ausübung der Benutzungen an den Gewässern keine Änderungen gebracht. Ihre Auswirkungen lagen vielmehr im Bereich der Rechtssystematik. Wo eine strenge Übernahme zu Änderungen in der Gewässerbenutzungspraxis hätte führen müssen, wurde oft dogmatisch völlig Entgegengesetztes aufeinander eingeschliffen.

1) Die Eigentumsregelung

Bezüglich des Eigentums wurde der römisch-rechtliche Begriff einschränkungslos übernommen. Daraus folgte eine Parallelität zum Regalienrecht. Wie aus dem Regal die Gerechtsamen, so konnten aus dem Eigentum Servituten abgeleitet werden[1)].

Die Folge der nicht nur auf das Wasserrecht beschränkten Einführung des anderen Eigentumsbegriffes brachte

---

1) Oben S.84.

für Deutschland auch die Unterscheidung zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht.

Diese für das deutsche Rechtssystem neuartige Unterteilung warf in dem auf Kontinuität bedachten Wasserrecht Probleme auf: War im alten deutschen Recht jedes Gewässer "eigen" - sei es einem einzelnen oder allen gemein -, so konnte bei Übernahme des römisch-rechtlichen Begriffes nicht jedes Gewässer eigentumsfähig bleiben, da das u.a. zum Entzug der Nutzungsmöglichkeit durch jedermann nach Art des Gemeingebrauchs geführt hätte. Daher konnten die wasserwirtschaftlich bedeutenderen Gewässer (die ehemals gemeineigenen) grundsätzlich nicht privateigen werden, sondern waren dem Bereich des öffentlichen Rechts einzuordnen[1].

Zum Privateigentum zählten somit nur die Quellen, ihre Abflüsse, Feldbäche sowie jedes Gewässer, das in seiner gänzlichen Ausdehnung innerhalb eines Privatgrundstücks lag. Verwirrung hat hier allerdings ein Sprachgebrauch bereitet, der sich offenbar stark eingebürgert hatte und nach dem alle sich in ausschließlichem Nutzungsbesitz der Anlieger befindlichen ehemals gemeinen nicht schiffreichen Gewässer deren Eigentum sein sollten[2]. Nur so ist es erklärlich, daß noch gegen Ende des 19. Jahrhunderts geschrieben wurde, im deutschen Rechte seien die nicht schiffreichen fließenden Gewässer Gegenstand der Privatherrschaft gewesen und diese Anschauung sei auch in die gemeinrechtliche Lehre übernommen worden[3]. Daß dies im Gemeinen Recht indes grundsätzlich nicht der Fall war, ergibt sich aus zahlreichen Quellen und Literaturstellen[4].

---

1) Ein dem Gemeineigentum ähnlich erscheinendes Gesamthandseigentum war noch unbekannt.
2) Oben S.83,88 und 92.
3) So Dernburg I,S.615.
4) Meurer II,Trakt.I,Fragm.Nr.V und XV; HKS I,§8,Anm. S.91; Wüsthoff, Handbuch 1,Nr.5,5.),S.36; RGZ 52,380; Gruchot 57,1171-1173.

Eine Folge der Trennung zwischen öffentlichem und privatem Recht war die lebhafte Diskussion in der Lehre des vorigen Jahrhunderts über Art und Umfang des Eigentums im Bereich des öffentlichen Rechts. Umstritten blieb auch, ob nur das Bett, oder - wie im alten deutschen Recht - auch die fließende Welle zum Eigentum gehören sollte[1].

2) Die Gewässereinteilung

Die Übernahme der römisch-rechtlichen Gewässereinteilung wirkte im Grundsatz folgendermaßen:
Alle gemeinen (schiffreiche wie nicht schiffreiche) Gewässer wurden den Regelungen der flumina publica unterworfen. Sie gehörten damit zum Bereich des öffentlichen Rechts und wurden als "öffentliche Gewässer" bezeichnet; diese Benennung stellte klar, daß die deutschrechtlichen Regeln über die gemeinen Gewässer nicht mehr anwendbar, daß diese Gewässer nicht mehr "gemeineigene" waren. Zu den öffentlichen Wassern gehörten auch gebannte und deshalb häufig von den Bannenden als "eigen" bezeichnete gemeine Gewässer[2]. Die übrigen, also die ehemals einem Einzelnen eigenen Wasser wurden zu flumina privata.

Welche Gewässer jeweils konkret privat und welche öffentlich waren, bestimmte sich nach dem örtlichen Umfang der Aufnahme des römischen Rechts. Repräsentativ dürften zwei Stellen bei Meurer[3] sein. Als publicum flumen werden dort folgende Wasser bezeichnet: die schiffreichen Gewässer, die nicht schiffreichen Nebenarme schiffreicher Gewässer und die wegen ihrer mangelnden Größe nicht schiffreichen Gewässer - die aber wasserwirtschaftlich von Bedeutung waren (also die ehemals gemeinen nicht schiffreichen). Bemerkenswert ist, daß das dem römischen

---

1) Vgl. Schül, S.12f.
2) Oben S.82f.
3) Meurer II, Trakt.I, Fragen Nr.V und XV.

Recht unbekannte Einteilungsmerkmal des Schiffreichtums weiterhin als Unterscheidungskriterium geführt wurde. Zu den privaten flumina rechnet Meurer sowohl die Quellen und Quellabflüsse bis zur Grundstücksgrenze des Grund-Eigentümers wie auch die unfreien Gewässer auf einem Grundstück, sei ihre Einfassung nun künstlich ("mit handen gemacht") oder seien es natürliche stehende Wasseransammlungen ("nit allwegen lauffen"). Auch die nicht das ganze Jahr hindurch fließenden Gieß- oder Feldbäche waren flumina privata.

3) Die Gewässerbenutzung

Aufgrund dieser Einteilung, die sich äußerlich mit der alten deutschen weitgehend deckte, blieb zwar die tatsächliche Praxis der Gewässerbenutzungen bestehen, ihre Rechtsgrundlagen haben sich jedoch zum Teil sehr geändert.

Dies allerdings nicht bei den Privatgewässern; ihr Gebrauch beruhte weiter auf dem Eigentum. Den Umfang macht ein im Prozeß des Müllers Arnold als geltend angesehener Rechtssatz deutlich, der besagte, daß "ein jeder Eigentümer oder Gutsherr ... das Wasser eines durch sein Gut strömenden Fließes nach Gefallen nutzen und anwenden könne, ohne sich an die Konvenienz seiner Nachbarn zu kehren; insofern nicht Landespolizeygesetze oder Verträge und Conventionen mit Nachbarn ihm Gränzen setzen"[1].

Die Änderung der Rechtsgrundlagen betraf vielmehr die ehemals gemeinen, nunmehr öffentlichen Gewässer. Hier hatte die Rezeption Auswirkungen sowohl für die Sondernutzungen als auch für den jedermann im Rahmen seiner

1) Aus dem Bericht des vom König mit der Untersuchung gegen die Richter beauftragten Ersten (Kriminal-) Senats des Kammergerichts vom 26.12.1779, zitiert nach Sievers, Prozeß des Müller Arnold, S.381.

tatsächlichen Fähigkeiten möglichen Gebrauch (den ehemaligen "Gemeingebrauch"). Die Benutzungen der öffentlichen Gewässer erfolgten jetzt nicht mehr aufgrund eines Eigentumsrechts. Während Sondernutzungen besonderer Gestattung bedurften, blieb der Gemeingebrauch weiter im früheren Umfang möglich. Die seit der Rezeption übliche Bezeichnung, die öffentlichen Gewässer - wie auch die anderen öffentlichen Sachen - stünden im Gemeingebrauch, macht dabei die Ausfüllung dieses alten Begriffes mit einem neuen Inhalt deutlich[1], denn die Benutzung der in niemandes Eigentum stehenden öffentlichen Gewässer durch jedermann beruhte nicht mehr auf dem Grundsatz des Gemeingutes der Gewässer, sondern auf dem an diese Stelle tretenden römisch-rechtlichen Prinzip von der Allgemeinheit des Wassers und der Publizität der Gewässer. Was deshalb jetzt als Gemeingebrauch an den öffentlichen Gewässern bezeichnet wurde, war vielmehr der usus publicus, zugebilligt allen Gebietsangehörigen (nicht einem begrenzten Kreis wie den römischen Staatsbürgern) und für diejenigen Tätigkeiten zur Grundlage genommen, die früher als Gemeingebrauch ausgeübt wurden.Durch diesen Vorgang hat sich auch die Rechtsbedeutung der öffentlichen Sachen geändert: Standen sie im römischen Recht nur dem römischen Volke zu Dienst und Nutzen (ähnlich der Allmende[2]), so kamen sie nunmehr allen Gebietsangehörigen zugute, wodurch der Begriff der res publica eine Ausdehnung erfuhr; konsequenterweise wurde das Adjektiv "publicus" daher nicht mit "völkisch", sondern mit "öffentlich" übersetzt.

---

1) Kloess 08, S.50.
2) Oben, S.94.

3. Abschnitt: Gewässereinteilung, -eigentum und -benutzung in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts

A: Einführung

Im Teil 2 der Abhandlung ist sichtbar geworden, daß ausführliche und vor allem auch die Nutzwasserwirtschaft behandelnde Spezialgesetze erst um die Mitte des 19. Jahrhunderts erscheinen - Ausnahmen bestätigen diesen Bild.

I: Die gesetzlichen Grundlagen

Schon ungefähr 50 Jahre zuvor befassen sich jedoch die in Deutschland in Kraft getretenen allgemeinen Landesgesetze mit wasserrechtlichen und vor allem auch speziell wasserwirtschaftlichen Themen. Derartige Bestimmungen sind teils ausdrücklich enthalten, teils allgemeinen Vorschriften zu entnehmen. Diese allgemeinen Gesetze, die in ihren Bereichen die subsidiäre Geltung des römischen Rechts abschafften[1], waren das pr. ALR - materiell mehr deutschrechtlichen Inhalts - sowie das NBGB und das BL - stärker römisch-rechtlich ausgerichtet.

Wichtiges Spezialgesetz zur Ergänzung des ALR war das Gesetz wegen des Wasserstauens bei Mühlen und Verschaffung der Vorflut vom 15.11.1811[2]. Als eines der ersten, jedenfalls eines der bedeutungsvollsten wasserwirtschaftlichen Spezialgesetze ist die Wiesenordnung für das Fürstentum Siegen vom 18.12.1790[3] zu nennen.

---

1) Einzelheiten auch zu den Geltungsbereichen, oben S. 35 ff.
2) GS, S. 352; oben S. 46.
3) Oben S. 56.

Das NBGB wird ausgefüllt und ergänzt durch das Rheinische Ruralgesetz vom 28.9.1791; des weiteren gelten eine Reihe wasserrechtlicher Spezialgesetze[1]. Keine speziellen Gesetze zur Wasserwirtschaft gibt es zu dieser Zeit im Geltungsbereich des BL[2].

Außerhalb der Geltungsbereichsgrenzen dieser allgemeinen Gesetze bestimmten sich Gewässereinteilung, -eigentum und -nutzung weiterhin nach dem Gemeinen Recht, also einigen allgemeinen Kodifikationen, wenigen, meist örtlichen, Spezialvorschriften und dem subsidiären römischen Recht[3]. Als hervorragende örtliche Spezialvorschriften sollen beispielhaft genannt werden: für das Großherzogtum Hessen-Darmstadt das Gesetz vom 11.6.1827, das die Regalität an den nicht öffentlichen Flüssen aufhob, sowie das Wiesenkulturgesetz vom 7.10.1830[4].

II: Die Weiterentwicklung des Regalienrechts

Seit der Ausbildung des neueren Staatensystems war die private rechtsgeschäftliche Veräußerung des Regals selbst nicht mehr möglich. Nur noch die Erteilung von Gerechtsamen blieb zulässig, wobei der Erwerber ein zivilgerichtlich geschütztes Privatrecht erhielt[5].

Vielenorts wurden in den um die Mitte des 19. Jahrhunderts aufkommenden Landeswassergesetzen die Regalrechte aufgehoben und durch gesetzliche Vorschriften ersetzt. Einmal erworbene Gerechtsame standen den Betreffenden jedoch weiterhin zu.

Die Wassergesetze zu Beginn dieses Jahrhunderts streiften den Regalitätsgedanken vollends ab; die Stelle des

---

1) Oben S.54 f.
2) Oben S.59.
3) Oben S.35 ff.und 95 ff.
4) Weitere Gesetze: Scheele, S.3f.
5) Bluntschli, S.227.

Stromregals nahm der Begriff der Stromhoheit ein, womit das Regalienrecht wieder zu seinem "öffentlichen" Ausgangspunkt[1] zurückkehrte.

B: Die Gewässereinteilung und die Eigentumsregelung

Obgleich nach der Rezeption das eine nicht mehr aus dem anderen folgte - wie im alten deutschen Recht-, sind Gewässereinteilung und -eigentum dennoch nicht losgelöst voneinander zu betrachten.

I: Die Gewässereinteilung

Allen gerade genannten Kodifikationen war, ebenso wie dem gemeinen Recht, die Einteilung der Gewässer in öffentliche und nicht öffentliche (private) eigen.

Diese Unterteilung findet sich in den genannten Kodifikationen nicht ausdrücklich, sondern ist aus den teilweise sehr verschiedenen Regelungen der Gewässer nur zu erschließen; eine Hilfe dazu bieten die Eigentumsbestimmungen, im ALR zum Beispiel auch ein Umkehrschluß. In wenigen Ausnahmefällen ist eine eindeutige generelle Zuordnung unterblieben.

Übereinstimmung bei der Zurechnung der Gewässer zur Gruppe der öffentlichen oder nicht öffentlichen besteht in den Vorschriften aller drei Rechtsgebiete lediglich in den Extrembereichen.

1) Die öffentlichen Gewässer

Nach ihrem äußeren Bild lassen sich die oberirdischen Gewässer mit vier Beschreibungsmerkmalen hydrologisch

1) Oben S. 83 f.

erschöpfend charakterisieren: fließend und stehend, sowie natürlich und künstlich. Von den fließenden Gewässern werden zur Gruppe der öffentlichen von allen Kodifikationen die schiff- und flößbaren Ströme und Flüsse gezählt[1]. Trotz des Unterschiedes zwischen "schiffbar" und "schiffreich" sind damit dieselben Wasser wie die gemeinen schiffreichen des alten deutschen Rechts bezeichnet. Der Unterschied zwischen dem Begriff des Schiffreichtums und dem der Schiffbarkeit besteht darin, daß der letzte Ausdruck einen tatsächlichen Verkehr nicht voraussetzt; es genügt die Eignung des Gewässers.

Im einzelnen in der Terminologie voneinander abweichend verstehen die Kodifikationen unter den schiffbaren Strömen zunächst einmal nur die natürlichen fließenden Gewässer. Das ALR nennt sie in II 14 §21: "die von Natur schiffbaren Ströme". Mit der Frage, welche natürlichen Wasserläufe hierunter im einzelnen zu verstehen sind, hat sich die Literatur zum ALR eingehend auseinandergesetzt; denn im Gegensatz zu den anderen Rechtskreisen war hier für diese Gewässer die Gruppe der öffentlichen bereits abgeschlossen. So besteht Übereinstimmung, daß die Flüsse nur von dem Punkte ab, an dem sie schiffbar werden, als öffentliche anzusehen sind, und daß sie nicht mehr zu dieser Gruppe zählen, wenn sie auf längeren Strecken ihre Schiffbarkeit verlieren[2]. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung der Schiffbarkeit war der Tag des Inkrafttretens des ALR[3]. Daher machte die technische Entwicklung im Schiffbau, die es später ermöglichte, auch kleinere Wasserläufe zu befahren, diese nicht zu öffentlichen Gewässern[4].

---

1) ALR II 14 §21; NBGB Art.538; BL Satz 538; für das gemeine Recht s.Wüsthoff, Handbuch 1, Nr.5,5.), S.36 und oben S. 97.
2) Rehbein-Reincke I, Anm.25.) zu ALR I 8 §99; Rehbein-Reincke IV, Anm.45.) zu ALR II 15 §38; Dernburg I, S.615; Ob.Tr.80,136.
3) Dernburg I, S.615, Fußnote 1.
4) Vgl.ALR II 15 §39; Dernburg I S.615, Fußnote 1.

Weiter als vom ALR wird der Kreis der öffentlichen Gewässer für die natürlichen Wasserläufe vom Gemeinen Recht gezogen. Hier zählen nicht nur schiffbare, sondern auch flößbare Flüsse zu den öffentlichen Gewässern[1]. Diesem Kreis gehören auch die weder schiff- noch flößbaren Wasserläufe an, sofern sie ein natürliches Bett haben und beständig fließen[2]; das Kriterium des ständigen Fließens ist eine Folge der subsidiären Anwendung des römischen Rechts. Wo allerdings bei geringer werdender Größe eines Flusses die Grenze zu den privaten Gewässern liegt, kann nicht generell und ausschließlich festgestellt werden. Es unterliegt örtlichen Verschiedenheiten. Kleine, im Sprachgebrauch als Bäche bezeichnete Wasserläufe - die in Deutschland meist auch ständig fließen - sowie Quellen fallen nicht mehr in die Gruppe der öffentlichen Gewässer[3]. Grundsätzlich kann gesagt werden, daß zu den öffentlichen Gewässern jedenfalls diejenigen deutschrechtlichen gemeinen schiffreichen wie nicht schiffreichen Wasser gehörten, die aufgrund der wirtschaftlichen Notwendigkeit entsprechend ihrer natürlichen Beschaffenheit dem - jeweils im einzelnen durch die tatsächlichen Verhältnisse mehr oder minder beschränkten oder unbeschränkten - Gebrauch durch einen Kreis von Menschen dienten, der über den der Anlieger hinausging, ohne daß die Zustimmung des Eigentümers erforderlich war[4]. Da diese grundsätzliche Öffnung jedermann gegenüber hinsichtlich eines gewissen Gebrauchs ohne Zustimmung des Eigentümers, der "usus publicus", nach römischem Recht kennzeichnend war für die

---

1) Bayerisches Landrecht, II.Teil, 1.Kap.§5; Runde §107, S.101; in besonderen Fällen können Flüsse, die nur flößbar sind, auch unter der Herrschaft von Gemeinden oder privaten Grundherren stehen - Einzelheiten bei Bluntschli, S.228.
2) RGZ 52, 380(382f.); a.A.Dernburg, Pandekten I,§73 Nr.1, S.171; Mittermaier I, S.616.
3) Runde, §102,S.98; Bluntschli, S.229; zu dem noch bis in dieses Jh.reichenden Streit über die Bäche: Sieglitz, S.9ff.
4) Oben S.80 f.

öffentlichen Gewässer, ergab es sich, daß diese Wasserläufe nunmehr als öffentliche verstanden wurden[1]. Zu ihnen zählen auch die im Hochmittelalter meist unter die Herrschaft der Gemeinden gefallenen Allmendegewässer[2)3)]. Die Einteilung bemißt sich somit vor allem an der wasserwirtschaftlichen Bedeutung der Gewässer und folgt den in der Geschichte entstandenen tatsächlichen Zuständen am Wasser;[4)] daher läßt sich für das Gemeine Recht grundsätzlich festhalten, daß, je größer und bedeutender ein Wasserlauf ist - und dies gilt auch für alle anderen Gewässer -, er desto mehr gemeiner Nutzung vorbehalten und damit öffentlich-rechtlicher Natur ist[5)]. Die um die Wende zum 20. Jahrhundert erscheinenden Landeswassergesetze bestätigen dieses Bild weitgehend; sie haben als Unterscheidungskriterium der Einteilung fast alle entweder die Schiff- und Flößbarkeit oder das beständige Fließen gewählt.

Die Umgrenzung der öffentlichen Gewässer verschiebt sich nochmals im Rheinischen Recht und Badischen Landrecht. Allerdings war im Geltungsraum dieser Normen um-

---

1) O.Mayer, Dt.Verw.R.II,S.7).
2) Sie waren "öffentliche Sachen im kommunalen Gemeingebrauch", ursprünglich ausschließlich für den Gebrauch der Angehörigen des Gemeindeverbandes bestimmt,,im Laufe des 19. Jahrhunderts aber allmählich dem Gemeingebrauch durch jedermann geöffnet; vgl.O.Gierke II,S.31; O.Mayer, Dt.Verw.R.II,S.138f.
3) Oben, S.36.
4) Vgl. oben, S. [illegible].
5) Diese Einteilungsmerkmale treffen vor allem zu für Bayern, die Teile Hessen-Darmstadts, in denen nicht das NBGB galt, Kurhessen, Oldenburg, Bremen und Braunschweig. Stark abweichend hiervon, aber mit den genannten Grundsätzen nicht in Widerspruch stehend, die Einteilung in Hamburg und Lübeck: Öffentlich sind alle beständig fließenden natürlichen und künstlichen Gewässer, also auch Kanäle und Fleete, nicht öffentlich alle übrigen Gewässer. Auch in Württemberg dürfte das Merkmal der Perennität entscheidend gewesen sein; darauf läßt Art. 1I des (ersten!) Wassergesetzes vom 1.12.1900 schließen.

stritten, ob und inwieweit auch den nicht von Art. 538 NBGB (Satz 538 BL) umfaßten Gewässern, also den nicht schiff- oder flößbaren Wasserläufen, öffentlich-rechtlicher Charakter zukomme. Dabei stehen sich in den Ansichten im großen und ganzen Rechtsprechung und Lehre gegenüber. Teilweise wurde aus der Formulierung des Art. 644 NBGB (Satz 644 BL), wo diese Gewässer denen des Art. 538 NBGB (Satz 538 BL) gegenübergestellt sind, auf deren Zugehörigkeit zur Gruppe der nicht öffentlichen Gewässer geschlossen[1], teilweise wurden dieser Gruppe nur die kleinsten natürlichen Wasserläufe, die Bäche, zugerechnet[2] und teilweise wurden sämtliche natürlichen Wasserläufe ohne Beachtung ihrer Länge, Breite oder Tiefe, zu den öffentlichen Gewässern gezählt[3].

Die Klärung dieser Frage kann nur aufgrund der Geschichte des code civil, der Vorlage beider Rechtsbücher, erfolgen: nach der vorrevolutionären französischen Lehnsverfassung waren die schiffbaren Wasserläufe (fleuves) Eigentum des Königs, die nicht schiffbaren Flüsse (rivières) gehörten zunächst auch zum Kronen Dominium, später dann den "seigneurs haut justiciers" und die Bäche (ruisseaux) wurden vielfach als Eigentum der Ufereigentümer angesehen. Die schiffbaren Wasserläufe fielen nach der Revolution, das zeigt Art. 538 CC, dem domaine national (domaine public) zu. Ohne näher auf diesen Begriff einzugehen, läßt sich sagen, daß die Gewässer deshalb diesem Eigentum unterstellt wurden, weil sie den Zwecken der Allgemeinheit zu dienen bestimmt waren. Mit dieser Begründung sowie ihrer gleichartigen Geschichte wurde diese Eigentumszuordnung auch für die nicht schiffbaren, und mit der Aufgabe der Unterscheidung zwischen

---

1) Schenkel 02,S.13; O.Mayer, Franz.Verw.S.251,369; im Ergebnis auch Bluntschli, S.228.
2) Ruef, Anm.3) zu Satz 538 BL.
3) RGZ 12,340(342)(I.LG Trier,II.OLG Köln); 30,307(310) (I.LG Mühlhausen, II.OLG Kolmar).

"rivières" und "ruisseaux"[1] sogar für die kleinsten der Wasserläufe behauptet[2]. Diese Meinung, sowie auch die Auffassung, alle nicht von Art. 538 CC erwähnten Wasserläufe seien nicht öffentliche Gewässer[3], übersehen die Vorschrift des Art. 714 CC. Sie schafft eine Kategorie von Sachen - Wasserläufe zählen zu diesen[4] - die niemand gehören, deren Gebrauch aber jedermann gemein ist. Auch im rheinisch-badischen Recht ist die hinsichtlich der Gewässereinteilung dem Art. 538 NBGB (Satz 538 BL) gegenüberzustellende Vorschrift nicht der nur Benutzungsregelungen enthaltende Art. 644 NBGB (Satz 644 BL)[5], sondern der Art. 714 NBGB (Satz 714 BL)[6]. Seine Formulierung zeigt deutlich den Gedanken an die res publicae des römischen Rechts. Ob ein Gewässer als öffentliches oder nicht öffentliches anzusehen ist, bestimmt sich nach Art und Natur der Eigentums- und Nutzungsrechte an ihm[7]. Die ihnen durch Art. 714 NBGB (Satz 714 BL) gegebene öffentliche Zweckbestimmung verlangt daher, im rheinischen und badischen Rechtsbereich sämtliche natürlichen Wasserläufe den öffentlichen Gewässern zuzurechnen[8]. Dem entgegenstehende Vorschriften enthalten die Kodifikationen nicht.

Bezüglich des Rechtscharakters der künstlichen fließenden Gewässer, also der Kanäle, Gräben und Wasserleitungen, besteht im Untersuchungsgebiet größere Übereinstimmung: sie gehören im allgemeinen nicht zu den öffentlichen Gewässern. Keine der Vorschriften spricht das allerdings direkt aus. Für den Bereich des ALR folgt es aus der Formulierung in II 14 § 21 ("von Natur schiffbaren Ströme"), die kein

---

1) RGZ 30,307(309).
2) Proudhon, rives, zitiert in Trote I 796 s.
3) Schenkel 02, S.13; O.Mayer, Franz.Verw.,S.251,369.
4) Gewässer gehören zu den Sachen i.S. des NBGB; Maleville - Blanchard, Anm. zu Art.516.
5) Auch ein Gegner der hier vertretenen Ansicht kann aus dieser Vorschrift nicht mehr herauslesen, wie sich bei O.Mayer, Franz.Verw.,S.369 zeigt.
6) RGZ 30,307(309).
7) Str.A.81,74.
8) So im Ergebnis auch RGZ 12,340(342); 30,307(310).

Pleonasmus ist, sondern alle die Wasserläufe von den öffentlichen Gewässern ausschließt, die erst durch künstliche Eingriffe schiffbar gemacht wurden[1]. Dieser Kreis ist keiner Erweiterung zugänglich. Die Zugehörigkeit der künstlichen Wasserläufe zu den nicht öffentlichen Gewässern ist auch noch aus den Unterhaltungsvorschriften in ALR I 8 §§ 100 f. zu entnehmen[2][3].

Im Gemeinen Recht gehören die künstlichen Wasserläufe grundsätzlich nicht zu den öffentlichen Gewässern[4]: das ergibt sich nicht nur aus der Eigentumsregelung bei den Mühlgräben[5], sondern auch aus der Tatsache, daß bei Kanälen, die zum Zwecke der Schiffahrt errichtet worden sind, auf deren Behandlung als öffentliche Gewässer ausdrücklich hingewiesen wird[6].

Im französischen Rechtsgebiet könnte zwar das Badische Landrecht mit seiner Formulierung "Flüsse und andere Wasser, die schiffbar oder floßbar sind" in Satz 538 auch Kanäle umfassen - die Terminologie in Art. 538 NBGB ist kaum eindeutiger -, es war jedoch unbestritten, daß die künstlichen Wasserläufe weder dem domaine national noch der Regelung des Art. 714 NBGB (Satz 714 BL) unterfallen, sondern im Privateigentum stehen können[7].

Das insgesamt überraschende Ergebnis dürfte sich mit der damaligen Bedeutungslosigkeit der Kanäle für die Schiffahrt erklären.

---

1) So auch Dernburg I S.618; a. A.Nieberding - Frank, S.236.
2) Rehbein - Reincke I, Anm. 43) zu ALR I 8 § 100; Dernburg I, S.623 Fußnote 6.).
3) Die teilweisen rechtlichen Verschiedenheiten zwischen Kanälen und Flüssen berühren diese Zuordnung nicht: so Dernburg I, S.618.
4) So auch Bluntschli, S.229; Ausnahmen s. oben S.104 Fußnote 5.
5) Mittermaier I, S.623.
6) Mittermaier I, S.618.
7) RGZ 30, 307(308).

Bei den stehenden oder geschlossenen Gewässern ist das Bild wieder etwas uneinheitlicher, soweit es die natürlichen betrifft. Für das ALR ergibt sich aus I 9 §176, der das Eigentum an jeglichen geschlossenen Gewässern den Grundeigentümern der benetzten Fläche zuspricht, daß sie nicht zur Gruppe der öffentlichen Gewässer zählen; hierbei sind die Größe eines Sees und die Anzahl seiner Anrainer unbeachtlich[1]. Nach dem Gemeinen Recht zählen die natürlichen geschlossenen Gewässer teils zu den öffentlichen[2], teils nicht[3]; es dürfte sich dies vorwiegend nach den Benutzungsmöglichkeiten gerichtet haben. Für das rheinische und badische Rechtsgebiet gibt Art. 558 NBGB, bzw. Satz 558 BL Aufschluß. Sie regeln das Anschwemmungsrecht bei den im Privateigentum stehenden Teichen und Seen und erlauben aufgrund ihrer Formulierung einen Umkehrschluß, der zur Folge hat, daß auch die Existenz öffentlicher geschlossener natürlicher Gewässer bejaht werden muß[4]. Bei den geschlossenen künstlichen Gewässern ist das Bild hingegen wieder einheitlich: keine Vorschrift rechnet sie zu den öffentlichen Gewässern. Das ALR macht das in I 9 §176 deutlich, für das Gemeine Recht folgt das aus der Tatsache, daß sie der Verfügungsmacht eines Grundeigentümers und seiner beliebigen Benutzung regelmäßig unbeschränkt offenstehen[5] und im rheinischen, bzw. badischen Recht ergibt sich dies aus den Eigentumsbestimmungen in Art. 552f. NBGB, bzw. Sätzen 552f. BL.

Damit steht fest, daß die Gruppe der öffentlichen Gewässer im ALR am kleinsten ist, in den auf dem code civil beruhenden, römisch-rechtlich am stärksten beein-

---

1) Rehbein-Reincke I, Anm.38.) zu ALR I 9 §176; vgl. auch Rehbein-Reincke IV, Anm.14) zu ALR II 14 §21.
2) So im stärker römisch-rechtlich beeinflußten Württemberg.
3) Dernburg Pandekten I, §73 Nr.3, S.173.
4) Maleville - Blanchard, Anm. zu Art. 558 NBGB.
5) Meurer II,Trakt.I,Frage XV; so auch Bluntschli, S.229.

flußten rheinischen und badischen Kodifikationen den größten Umfang hat[1], während das Gemeine Recht eine mittlere Position einnimmt.

2) Die nicht öffentlichen Gewässer

Da mit der Teilung in zwei Gruppen alle Gewässer umfaßt werden, müssen zu den nicht öffentlichen (privaten) alle nicht dem ersten Kreis zugerechneten Wasser gezählt werden, wobei sich der Umfang der Gruppen für die einzelnen Rechtsgebiete umkehrt.

Für die natürlichen fließenden Gewässer bedeutet das, daß sie am zahlreichsten im Gebiet des ALR den nicht öffentlichen zugehören. Es sind dies alle nicht vom ALR II 14 § 21 erfaßten, also alle nicht von Natur schiffbaren, in abgegrenzten Betten fließenden Gewässer, wie Flüsse, Bäche und Abflüsse von Quellen. Eine beschreibende Aufzählung dieser Wasserläufe fehlt zwar im ALR, ihre Zurechnung zu den nicht öffentlichen Gewässern ergibt sich jedoch daraus, daß dem genau umgrenzten Kreis der öffentlichen Wasserläufe wiederholt die sog. Privatflüsse gegenübergestellt werden, so z.B. in ALR I 8 § 99 oder II 15 § 39. Zu den nicht öffentlichen Gewässern zählen des weiteren auch die Quellen sowie das wild ohne Bett abfließende Wasser[2].

Im Gemeinen Recht ist die Gruppe der privaten natürlichen Wasserläufe kleiner und beschränkt sich auf fließende Gewässer ohne wasserwirtschaftliche Bedeutung, wie Bäche, Quellen und ihre Abflüsse, nicht ständig fließende Gewässer und das wild abströmende Wasser[3].

---

1) Vgl. oben S.93, sowie 35 und 52.
2) Rehbein - Reincke I, Anm.25a) zu ALR I 8 §99.
3) Wüsthoff Handbuch 1, Nr.5,5.), S.36; Sieglitz, S.9; Bluntschli, S.229.

Das rheinische und badische Recht zählen nur die Quellen und ihre Abflüsse bis zur Grundstücksgrenze zu den nicht öffentlichen Gewässern. Das folgt aus Artt. 641-643 NBGB (Sätze 641-643 BL), die Eigentums- und Benutzungsbestimmungen enthalten, und entspricht dem weit gezogenen Kreis der öffentlichen Gewässer. Unerwähnt bleibt das nicht abfließende Wasser, das aber wohl, wie im Gemeinen Recht den privaten Wasserläufen zuzurechnen ist[1].

Zwar noch nicht überall ausdrücklich geregelt[2], aber doch den nicht öffentlichen Gewässern zugerechnet werden das Grundwasser sowie unterirdische Wasseradern, bevor sie in ein oberirdisches Gewässer eintreten.

Im gesamten Untersuchungsgebiet grundsätzlich als nicht öffentliche Gewässer aufgefaßt werden, wie bereits dargelegt, die künstlichen Wasserläufe[3].

Das gleiche trifft für die künstlichen stehenden Gewässer zu, also Brunnen, Zisternen und sonstige Wasserhaltungen, ergibt sich, wie erörtert, aus den Eigentumsbestimmungen und ist nirgends umstritten[4].

Ebenfalls schon geschildert wurde die Zugehörigkeit - zumeist wohl - größerer Seen im französischen und gemeinen Rechtsbereich zu den öffentlichen Gewässern[5]. Ansonsten zählen die natürlichen stehenden Gewässer im

---

1) Mittermaier I, S.623.
2) Im Gebiet des ALR unterliegen die unterirdischen Wasseradern den Regelungen in ALR I 8 §§ 26ff; so Dernburg I, S.618. Für das rheinische und badische Recht ergibt es sich aus Art. 552 NBGB (=Satz 552 BL). Für das gemeine Recht s. Mittermaier I, S.623.
3) Ausnahmen im gemeinen Recht in Hamburg, Lübeck und Württemberg und bei den Schiffahrtskanälen; vgl. oben S.104 Fußnote 5.
4) Für das ALR I 9 § 176; Dernburg I, S.617. Im rheinischen und badischen Recht: Art. 552f. NBGB (=Sätze 552f. BL); vgl. auch Schenkel 02, S.13. Für das gemeine Recht: Bluntschli, S.229.
5) Vgl. oben S. 108.

gesamten Untersuchungsgebiet zu den nicht öffentlichen[1].

Für den Geltungsbereich des ALR sind die nicht öffentlichen Gewässer nochmals in Privatflüsse und Privatgewässer zu unterteilen, da beide hinsichtlich der Benutzungen verschieden behandelt werden.

Zu den Privatflüssen gehören alle nicht von Natur schiffbaren natürlichen Gewässer, die in festen Betten fließen und Grundstücke verschiedener Eigentümer berühren, also Flüsse, Bäche, Quellabflüsse sowie die Seen, die einen oberirdischen Abfluß haben[2]. Auch die Gräben und Kanäle zählen hierzu, während die Seen ohne oberirdischen Abfluß und sonstigen - natürlichen oder künstlichen - geschlossenen Wasseransammlungen wie auch die wild abfließenden Wasser unter den Begriff der Privatgewässer fallen[3].

3) Gründe und Folgen der Unterschiede innerhalb der Einteilungsgruppen

Die Unterschiede zwischen den Kodifikationen bei der Zuschreibung der einzelnen Gewässer zu einer der beiden Einteilungsgruppen sind, besonders bei den natürlichen fließenden Gewässern, unübersehbar. Sie sind eine Folge der verschieden starken Aufnahme des römischen Rechts im Untersuchungsgebiet und des sich aus der Übernahme der römisch-rechtlichen Zweiteilung der Gewässer in öffentliche und nicht öffentliche ergebenden Wegfalls der Privatrechtsfähigkeit der öffentlichen Gewässer. Bei der Ausfüllung dieser Lücke in Vereinbarkeit mit den Re-

---

1) Für das gemeine Recht: Sieglitz, S.9.
2) Str.A.53,193.
3) Diese Abgrenzung folgt aus ALR II 14 §21, II 15 §39 und I 9 §176. Sie wird in gleicher Weise vorgenommen von Rehbein - Reincke I Anm.25a) zu ALR I 8 §99; Dernburg I,618; Str.A.4,211; 63,103; RGZ 27,328 (329); I: LG Aachen II: OLG Köln.

geln des alten deutschen Rechts mußten sich daher folgende Schwierigkeiten ergeben:

Die alte deutsche Gewässergruppierung fußte auf einer Dreiteilung: 1) gemeine schiffreiche Gewässer, 2) gemeine nicht schiffreiche Gewässer und 3) die - wasserwirtschaftlich wenig bedeutsamen - Quellen mit Abflüssen sowie die Bäche und die stehenden Gewässer innerhalb eines Grundstücks. Gleichgültig, welcher Gruppe sie zugehörten, standen die Gewässer immer im Eigentum, sei es Privat- oder Gemeineigentum. Dieses bildete, da es als Nutzeigentum verstanden wurde, die Grundlage der Einteilung, die sich anhand der Intensität der tatsächlichen Gewässerbenutzungen gewohnheitlich herausgebildet hatte.

Das römisch-rechtliche System sah eine Zweiteilung in flumina publica und flumina privata vor; nur an letzteren gab es ein Eigentumsrecht - im Sinne der tatsächlichen und rechtlichen Sachherrschaft. Grundlage der Benutzung aller nicht privateigenen Gewässer durch jedermann war nicht mehr das Eigentum, sondern die Publizität der öffentlichen Sachen, zu denen die flumina publica gehörten.

Die diesem System innewohnende Teilung zwischen "kein Eigentum" und "Eigentum" war dem deutschen Recht so fremd, daß man ~~nach Ansicht~~ des Verfassers den Kreis der eigentumsfähigen Gewässer möglichst groß zu ziehen sich bemühte, dann aber auch an diesen eine allgemeine gestattungsfreie Benutzung zuzulassen gezwungen war. Dieses Bestreben wird deutlich sichtbar im ALR, das einen ganz erheblichen Teil der wasserwirtschaftlich bedeutenden Wasserläufe zu den nicht öffentlichen Gewässern zählt. In dem Zwang, diese Gewässer einer allgemeinen Benutzung nicht vorenthalten zu können, ~~sieht der Verfasser~~ auch den Grund der Unterscheidung von Privatgewässern und Privatflüssen. Obgleich im privaten Eigentum stehend, war an diesen eine gestattungsfreie Benutzung durch einen im einzelnen nicht begrenzten Kreis von

Nichteigentümern - notwendigerweise - zulässig. Dieser Gemeingebrauch hat sich damit von seiner deutschrechtlichen Herkunft als Gemeineigentumsgebrauch wie von seiner römisch-rechtlich ausgefüllten Bedeutung als Gebrauch einer öffentlichen Sache gleich weit entfernt, vereinigt dabei aber Grundmerkmale beider Auffassungen in sich: er ist Gebrauch einer im Eigentum stehenden Sache (deutschrechtlich), dem Benutzenden steht das Eigentum an dieser Sache jedoch nicht zu (römisch-rechtlich).

Von der Abneigung gegenüber einer Eigentumsunfähigkeit von Gewässern unberührt zieht die auf dem Boden des römischen Rechts stehende rheinische und badische Kodifikation den Kreis der öffentlichen Gewässer sehr weit; die angedeuteten Schwierigkeiten des ALR sind ihnen unbekannt. Das Gemeine Recht steht je nach dem Ausmaß der subsidiären Anwendung des römischen Rechts örtlich den noch stärker deutschrechtlich verhafteten Auffassungen (ALR) oder dem römischen Rechtskreis (code civil) näher.

II: Die Eigentumsregelung

Für die Eigentumsregelung spielt die Unterteilung in öffentliche und nicht öffentliche Gewässer insofern eine Rolle, als nur bei den letzteren die Möglichkeit und das Vorliegen von Privateigentum vorbehaltlos bejaht wurden. Bei den öffentlichen Gewässern warf die Regelung der Eigentumsverhältnisse zahlreiche Probleme auf, deren erstes bereits darin bestand, ob diese Gewässer überhaupt eigentumsfähig seien. Das wurde von einer als Hoheitstheorie bekannten Auffassung verneint[1]. Ihre Anhänger[2] sahen in der fließenden Welle eines Wasserlaufs dessen Hauptbestandteil[3]; infolge ihres ständigen Fließens sei

1) Die allerdings erst um die Mitte des 19.Jhs. entstand.
2) Z.B. Nieder, S.19.
3) Dieser Auffassung auch RGZ 12,340(342).

eine tatsächliche Herrschaft an ihr nicht möglich, sie sei daher herrenlos und diese Herrenlosigkeit erstrecke sich auch auf das Gewässerbett als Bestandteil der Welle. Der Auffassung, die Verwendung des Eigentumsbegriffs im Wasserrecht - zumindest im Sinne des Grundeigentums des BGB - sei unmöglich, ist auch Hofacker[1], allerdings mit anderer Begründung: die Zweckbestimmung der öffentlichen Gewässer zur Benutzung durch Dritte, die der Eigentümer dulden müsse, vermindere dessen unbeschränkte Verfügungs- und Ausschließungsbefugnis bis auf einen nicht mehr Eigentum zu nennenden Rest[2]. Am Gewässerbett hingegen hält Hofacker Eigentum für zulässig[3].

In der Praxis des Wasserrechts spielten diese Theorien kaum eine Rolle, werden jedoch zum Teil heute noch erörtert[4]. Weit überwiegend wurde im Untersuchungsgebiet, auch bereits zu Beginn des vorigen Jahrhunderts, den öffentlichen Gewässern Eigentumsfähigkeit zugesprochen. Hieraus ergaben sich Schwierigkeiten tatsächlicher und rechtlicher Art, beide innerlich voneinander abhängig und aus dem Verständnis des Eigentums als unumschränkter tatsächlicher und rechtlicher Verfügungsmacht herrührend. In natürlicher Hinsicht stellten sich die Fragen nach der Erklärung der Beherrschbarkeit des Wassers, das als Wasserlauf ständig menschlichem Zugriff enteilt und nach der räumlichen Begrenzung dieser Herrschaft, sowohl bezüglich des Gewässerbettes wie des Überschwemmungsgebietes. Rechtlich ergab sich das Problem, ob nicht die starken Beschränkungen des Eigentums zugunsten der Allgemeinheit, vor allem im Zusammenhang mit den Einschränkungen durch die Sondernutzungen, dieses gegenstandslos werden ließen. Die Beantwortung dieser Frage nach der inhaltlichen

---

1) Hofacker, Staatsverwaltung, S.116 ff.; derselbe in Verw.Arch. 30, S.161 ff.
2) Hofacker, Verw.Arch. 30, S.161 (166).
3) Hofacker, Verw.Arch. 30, S.161 (177); so im Ergebnis auch Staudinger - Dittmann, Art. 65 EGBGB, Anm. 2.)
4) Hundertmark, S. 31.

Bindung des Gewässereigentums ist eng mit der Ausgestaltung der Benutzungsregelungen verknüpft. Deren ständige Anpassung an die technischen und wirtschaftlichen Erfordernisse hat die Diskussion bis jetzt nicht zur Ruhe kommen lassen.

1) Die Eigentumstheorien und der Umfang des Eigentums bei den öffentlichen Gewässern

Die aufgeworfenen Fragen sind von den hier betrachteten Rechtsvorschriften verschieden beantwortet worden, wobei ihre Verhaftung im römischen oder alten deutschen Recht eine Rolle spielte. In keiner der Kodifikationen wird die Eigentumsfähigkeit der öffentlichen Gewässer verneint, im Gemeinen Recht hingegen ist deren Herrenlosigkeit die Regel. Da eine Beschreibung der Art des Eigentums sich nirgends ausdrücklich findet und auch der Gegenstand nur selten genau umrissen wird, blieb dies Rechtsprechung und Lehre vorbehalten. So werden im Blick auf die Wasserläufe das Phänomen eines Eigentums an der fließenden Welle ebenso wie auch die sachenrechtliche Einheit oder Trennung von Wasser und Bett auf mannigfache Weise zu erklären versucht[1]; zu einem einheitlichen Ergebnis ist die Lehre nicht gelangt[2]. Da die Länder sich in ihren Spezialgesetzen später jeweils einer der Auffassungen angeschlossen haben, erlangte die Kontroverse keine fortdauernde praktische Bedeutung und soll hier nur insoweit aufgezeigt werden, als es zur Klärung

1) Vgl. HKS I, §7 Vorbem. A S.78f; Eymann - Schubert II, S.482ff.(die insgesamt acht Theoriengruppen aufzählen); Reinhardt, S.26ff.

2) Als Gegenstand des Gewässereigentums wird heute ganz überwiegend die sachenrechtliche Einheit von Gewässerbett und der darüberstehenden Wassersäule verstanden; so Gieseke - Wiedemann §1 Randnr.6; Sievers, Anm. 2 zu §1 und Anm.1 zu §2; Kohler, S.54; Reinhardt, S.37; Ausnahmen: §§4ff HessWG, BadWWG, wonach nur das Gewässerbett Gegenstand des Eigentums ist.

des Standpunktes der besprochenen Kodifikationen vonnöten ist. Ein Gleiches gilt für die Besprechung der Frage, ob es sich bei dem Eigentum um privatrechtliches oder öffentliches handelt. Die hier besprochenen Kodifikationen, die Gesetzgebung im Gebiet des gemeinen Rechts, sowie die späteren Gesetze haben sich meist auf die eine oder die andere Lösung festgelegt[1]. Bei der Eigentumsregelung sind von den Gesetzbüchern teilweise Lücken gelassen worden, oder es wurde ein modifizierter, im Gesetz nicht näher bestimmter Eigentumsbegriff verwendet. Das erste ist im code civil und gemeinen Recht, das letzte im ALR der Fall gewesen, wobei hier eine Standortbestimmung erst durch Rechtsprechung und Lehre erfolgt ist.

a) Die Regelung im ALR

Was das ALR betrifft, so werden in II 14 §21 die von Natur schiffbaren Ströme als "gemeines Eigentum" des Staates bezeichnet. Diese Eigentumsbestimmung gilt für alle öffentlichen Gewässer, denn mit den genannten Wasserläufen ist dieser Kreis abgeschlossen[2]. Mit dieser Bezeichnung erschöpfen sich die Angaben des ALR; zum Inhalt des gemeinen Eigentums enthält es keine ausdrücklichen Anmerkungen. Die Terminologie weist zwar auf das alte deutsche Recht hin, jedoch ist dessen Eigentumsbegriff dem ALR nicht mehr eigen. Andererseits hatte es aber noch nicht den abstrakten, angesichts beschränkt dinglicher Rechte bisweilen beinahe hypothetisch zu nennenden Charakter des römischen Eigentumsbegriffes übernommen; vielmehr versuchte das ALR - hier noch sehr alter deutscher Rechtstechnik verhaftet - das Eigentum durch

---

1) Heute besteht Einhelligkeit darin, daß jedes Gewässer einen Eigentümer i.S. der Privatrechtsordnung hat; von der historisch bedingten Variante in §§4 I und 5 BadWWG abgesehen. Über den Stand der Meinungen vgl. die Nachweise bei Hundertmark, S.27 Fußnote 99.

2) Vgl. oben S.102a ff.

Aufzählung einzelner Befugnisse zu bestimmen[1]. Diese zeigen, daß dem Eigentum bereits wesensgemäß waren zum einen das Recht, über die Sache zu verfügen, sowie zum anderen das Recht, sie zu nutzen. Anerkannt war also die römische Eigenart des Eigentums als des auf die Totalherrschaft über eine Sache gerichteten Rechtes[2]. Deutliches Relikt deutschrechtlicher Überzeugungen war im ALR noch die bisweilen[3] diesem "engen" Eigentumsbegriff gegenübergestellte "weite" Sinngebung, die als Eigentum auch ein ausgeübtes Recht ansah[4]. Mit der Zeit gewann jedoch die "engere" - römische - Auffassung vom Eigentum als der unbeschränkten Sachherrschaft die Oberhand[5].

Ist zwar das Recht des Staates an den öffentlichen Wasserläufen diesem Eigentumsbegriff unterzuordnen, so zeigt die Formulierung in ALR II 14 §21 doch, daß hier eine Abwandlung beabsichtigt war. Die Ansichten dazu sind im einzelnen geteilt, wobei sich die Diskussion vor allem an dem Problem entzündete, wem das Recht auf Aneignung von Steinen im Flußbett zustehe[6]. Hierbei sind bezüglich der Definition des "gemeinen Eigentums" folgende Punkte allgemein anerkannt[7]: Dem "gemeinen Eigentum" steht das "besondere Eigentum"[8] gegenüber; beide Begriffe schließen einander aus. Der Wasserlauf steht, da im gemeinen Eigentum, in niemandes Privateigentum[9] und ist

---

1) In ALR I 8 §§9-11.
2) So auch Dernburg I, S.414,§181.
3) z.B. in ALR I 11 §376.
4) Vgl. auch Suarez in Siewerts Materialien Bd.1,S.5.
5) Nur noch in diesem Sinn gebraucht den Begriff "Eigentum" das Gesetz über den Eigentumserwerb und die dingliche Belastung der Grundstücke vom 5.5.1872.
6) Dernburg I,§252, Fußnote 6),S.616; Rehbein - Reincke I,Anm.25) zu ALR I 8 §99; Rehbein - Reincke IV,Anm. 45) zu ALR II 15 §38; RGZ 4,258ff (I: Kreisgericht Pilkallen, II: OLG Königsberg); Str A 81,73ff; Ob. Tr.42,54ff.
7) RGZ 4,258(259); Str A 87,320(322); Ob.Tr.42,54(58); Kaisenberg, S.33.
8) ALR II 14 §1.
9) Falls nicht Rechtspositionen aus der Zeit vor der

der ausschließlichen Herrschaft eines einzelnen nicht unterworfen. Lediglich seine Nutzungen, sowie die Gegenstände, die zum Wasserregal zu rechnen sind[1], sind als Gegenstände des besonderen (Privat-) Eigentums des Fiskus anzusehen; das aber folgt nicht aus II 14 § 21 sondern aus II 15 § 38. Umstritten ist, ob der Begriff des gemeinen Eigentums in Verbindung mit dem Staat als Rechtssubjekt bedeutet, daß die öffentlichen Wasserläufe "res publicae" sind und nur staatlichem Hoheitsrecht unterliegen[2], oder ob dem Staat an ihnen ein zivilrechtliches Eigentum zukommt[3]. Für die letzte Ansicht spricht, daß in ALR II 14 § 25 das gemeine Staatseigentum für den Domänen völlig gleich zu achten bestimmt ist. Danach hat der Staat Eigentum an den schiffbaren Strömen im zivilrechtlichen Sinn und kann darüber nach den in ALR II 14 §§ 16 ff gesetzten Modalitäten verfügen. Die Vertreter dieser Ansicht weisen darauf hin, daß der Staat in der Ausübung seines Rechts durch den Gemeingebrauch beschränkt ist[4].

Seinem Gegenstande nach erstreckt sich das gemeine Eigentum des Staates auf Wasser und Bett der öffentlichen Flüsse. Eine ausdrückliche Bestimmung enthält das ALR hierüber zwar nicht, die in Literatur und Rechtsprechung einhellige Meinung[5] wird aber gestützt durch einen Hinweis, den ALR II 15 § 70 gibt; hier wird dem Staat die Verfügungsbefugnis über verlassene Flußbetten eingeräumt in den Fällen, in denen er selbst dem Wasser den anderen Lauf angewiesen hat.

Geltung des ALR bestehen geblieben sind; vgl. Str A 15,360(360).

1) ALR II 14 §§24ff; ALR II 15 §§38ff.
2) O.Mayer in Stengels Wörterbuch II, S.591.
3) Rausnitz in Gruchot 39,S.525(530,532); Kaisenberg, S.34.
4) Kaisenberg, S.34 m.w.N.
5) Rehbein - Reincke IV, Anm.14) zu ALR II 14 §21; RGZ 4,258(259).

Die räumliche Begrenzung nach den Seiten[1] ist vor allem in den Bestimmungen ALR I 9 §§223-274 enthalten[2]. Diese Vorschriften haben den Eigentumserwerb infolge der steten Veränderungen der Uferverhältnisse fließender Gewässer zum Gegenstand und zeigen damit auch die Grenzen des gemeinen Eigentums des Staates an. Die auf diesem Gebiet natürlich oder künstlich möglichen Bewegungen sind dabei in vier Gruppen eingeteilt. Ausgangspunkt für die Beurteilung einer Veränderung ist das sich bei mittlerem Wasserstand ergebende Bild. Unter diesem Ausdruck wird der Wasserstand aufgefaßt, der im Durchschnitt der Jahre an ebensoviel Tagen überschritten wie nicht erreicht wird[3]. Das ist zwar nicht in allen Fällen ausdrücklich festgehalten, wird aber auch bei den anderen Gruppen nicht in Zweifel gezogen[4]. Demgemäß bewirken Überschwemmungen und Hochwasser keine Änderung bei den Eigentumsverhältnissen[5].

Die erste Gruppe im Gesetz bilden die vom Ufer abgerissenen Landstücke[6]; für das gemeine Staatseigentum am Gewässer ist diesen Vorschriften zu entnehmen, daß es sich mit dem Augenblick des Abrisses auch auf den ehemaligen Ufergrundstücksbereich erstreckt. Dementsprechend weicht die Ausdehnung des gemeinen Eigentums bei Anschwemmungen - Alluvionen - (der zweiten Gruppe)[7] in dem Umfang zurück, in dem diese Eigentum der Ufereigentümer werden. Für die Inseln[8] geht das ALR davon aus, daß sie nur dann Eigentum der Ufereigentümer werden können - allerdings erst nach "wirklicher Besitznehmung"[9] -,

---

1) Zur Begrenzung in der Länge s. oben S.102a.
2) Später auch in anderen Vorschriften, z.B. im Gesetz betreffend die Befugnisse d.Strombauverwaltung v.20.8.1883.
3) Höhne, S.84.
4) ALR I 9 §§242,248; Dernburg I §237,S.571.
5) ALR I 9 §272.
6) ALR I 9 §§223f.
7) ALR I 9 §§225-241.
8) ALR I 9 §§242-262.
9) ALR I 9 §246.

wenn sie nicht nach Provinzialgesetzen Vorbehalt des Staates sind[1)2)]. Diese Regelung hat ihren Grund in der Verschiedenheit der Territorialrechte hinsichtlich der Regalität der Inseln in den öffentlichen Wasserläufen zur Zeit der Schaffung des ALR[3)]. Damit sind die nicht den Ufereigentümern gehörenden Inseln Eigentum - nicht gemeines Eigentum - des Staates. In der letzten Gruppe schließlich[4)] sind die Rechtsverhältnisse zugelandeter oder verlassener Flußbetten geregelt; einziger Fall, in dem das Gemeineigentum des Staates am wasserlos gewordenen Bett bestehen bleibt, ist der des ALR II 15 §70[5)].

b) Die Auffassungen im rheinischen und badischen Recht

Im Geltungsbereich der deutschen Fassungen des code civil gehören zu den öffentlichen Gewässern vor allem sämtliche natürlichen Wasserläufe[6)]. Eine Eigentumsbestimmung wird nur für die schiff- und flößbaren fließenden Gewässer getroffen; sie werden als Staatseigentum bezeichnet[7)]. Das französische Recht kennt zwei Arten von Staatseigentum, ein privates (domaine privé de l'Etat) und ein öffentliches (domaine public, domaine national, appartenir à la nation). Diese Unterscheidung machen auch das NBGB und das BL, wobei die genannten Wasserläufe dem öffentlichen Staatseigentum zugerechnet werden[8)]. Die Trennung hat ihren Ursprung im alten französischen Lehnsrecht, das dem König das Eigentum an den schiffbaren Strömen zuwies, sie jedoch wegen ihrer öffentlichen Zweckbestimmung von seinem persönlichen Eigentum trennte[9)].

---

1) ALR I 9 §244; II 15 §67;
2) Derartige Provinzialgesetze bestanden nur in Ost- und Westpreußen.
3) Koch I §244, Note 13; Str A 81,73(82).
4) ALR I 9 §§263-274.
5) Vgl. oben S.118.
6) Vgl. oben S.104 ff.
7) Art.538 NBGB; Satz 538 BL.
8) O.Mayer, Franz. Verw., S.227.
9) O.Mayer, Franz. Verw., S.229.

Der Begriff des öffentlichen Eigentums ist fester Bestandteil des französischen Verwaltungsrechts. Er sieht Staatseigentum da als öffentliches an, wo der Staat durch die Sache "öffentliche Anstaltstätigkeit"[1] ausübt. Die natürliche - oder auch erst künstlich herbeigeführte - Beschaffenheit der Sache, entsprechende Tätigkeiten zu ermöglichen und der Wille des Staates zu ihrer Ausübung sind die beiden Voraussetzungen für das öffentliche Eigentum. Der Kreis der zum öffentlichen Eigentum gehörenden Sachen ist daher auch der Erweiterung fähig[2]. Rechtssubjekt dieses Eigentums kann nur eine öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft sein; deren Verfügungsgewalt über die Sache erfolgt nach öffentlich-rechtlichen Grundsätzen, was insbesondere den Zivilrechtsweg in jeder Beziehung ausschließt. Der Inhalt des öffentlichen Eigentums jedoch ist der gleiche wie der des privaten.

Wasserläufe, die nicht schiff- und flößbar sind, sowie andere öffentliche Gewässer rechnet der code civil nicht zum öffentlichen Staatseigentum. Da diese Gewässer auch durch die art. 644,645 nicht zu Privateigentum erklärt werden[3], ist die Regelung des art. 714 (=Art.714 NBGB; Satz 714 BL) maßgebend[4]: diese Gewässer stehen in niemandes Eigentum.

Wo in der Längsrichtung eines Wasserlaufs die Grenze liegt, an der die Schiff- und Flößbarkeit - und damit das öffentliche Eigentum des Staates - beginnt, war nach einem Gesetz

---

1) O.Mayer, Franz. Verw., S.232.
2) Z.B. durch Schiffbarmachung eines Flusses; im Ggs. zum ALR, wo nur die bereits von Natur schiffbaren Wasserläufe im gemeinen Eigentum des Staates stehen; vgl. oben S.102a.
3) So auch O.Mayer, Franz. Verw. S.369; Bluntschli, S.228; Sina, S.5.Allerdings gehören die sich aus artt.644,645 cc ergebenden Rechte dem Privatrecht an; das bejahen Rspr. und Lehre einmütig: O.Mayer, a.a.O.; Bluntschli, a.a.O.; RGZ 12,340(342); RGZ 30,307(308), vgl. auch oben S.105 f.
4) RGZ 30,307(310); Sina, S.5.

vom 15.4.1829 art.3 durch Dekret des Polizeipräfekten jeweils festzusetzen[1].

Das öffentliche Eigentum am Wasserlauf erfaßte sowohl da fließende Wasser als auch das Bett. Bei den in niemandes Eigentum stehenden Gewässern gehörte nach - vor allem in der Rechtsprechung - überwiegender Meinung das Bett des Wassers nicht den Ufereigentümern, sondern unterlag ebenfalls der Regelung des Art. 714 NBGB (Satz 714 BL)[2]; im rheinischen und badischen Rechtsgebiet galt die Auffassung, daß das Bett Bestandteil der Wasserwelle sei.

Die seitlichen Grenzen der öffentlichen Gewässer ergeben sich aus Art. 556-563 NBGB (Sätze 556-563 BL), die den Eigentumserwerb infolge des Uferrechts regeln und dabei wie das ALR vier Fallgruppen herausarbeiten. Dabei gilt hier, anders als im ALR, als Grenze zwischen Land und Gewässer die Linie, die - und sei es noch so selten - in einem bestimmten Zeitabschnitt noch vom Wasser bespült wird, ohne daß es sich bereits um eine Überschwemmung handelt. Dieser Grundsatz des "höchsten Wasserstandes" entstammt dem römischen Recht und findet sich in Art. 558 NBGB (Satz 558 BL) für geschlossene natürliche Privatgewässer ausgedrückt; er gilt unzweifelhaft auch für die öffentlichen Wasserläufe[3].

In den Fällen der beiden ersten Gruppen, der Anschwemmungen[4] oder dem Zurückweichen des Flusses von einem Ufer[5] sowie dem Gegenteil, dem Sich-Aufwerfen auf ein Ufer[6], ist für das Gewässereigentum eine Unterscheidung zwischen den Wassern im öffentlichen Staatseigentum und

---

1) O.Mayer, Franz. Verw., S.251.
2) Sina, S.5; RGZ 12,340(342), I.LG Trier, II. OLG Köln; RGZ 30,307(308), I.LG Mühlhausen, II.OLG Kolmar; a.A.: Laurent VI, Nr.15ff., S.25ff.
3) O.Mayer, Franz. Verw. S.251.
4) Art.556 NBGB; Satz 556 BL.
5) Art.557 NBGB; Satz 557 BL.
6) Art.557 NBGB; Satz 557 BL.

denen in niemandes Eigentum nicht erforderlich[1]; mit den tatsächlichen Verschiebungen der seitlichen Gewässergrenzen ändern sich gleichzeitig, wie im ALR, auch die Eigentumsgrenzen. Ein Gleiches muß, so der Umkehrschluß aus Art. 558 NBGB (Satz 558 BL) für einen öffentlichen See gelten, wenn dieser Anschwemmungen bildet oder seine Uferlinie auf andere Weise zurückzieht sowie vorsieht[2]. Ebenfalls unterschiedslos gleich für schiffbare und nicht schiffbare Wasserläufe geregelt sind die Fälle, in denen der Fluß sich einen neuen Lauf nimmt[3]; die Regelungen der Art. 538 bzw. 714 NBGB (Sätze 538, 714 BL) haben ohne weiteres den neuen, nicht mehr den alten Lauf des Wassers zum Gegenstand. Für die Inseln muß hingegen unterschieden werden: bei den Wasserläufen im öffentlichen Staatseigentum gehört - anders als im römischen Recht[4] - eine neu entstehende Insel dem Staat, falls nicht anderweitig ein besonderer Erwerbstitel vorliegt[5]; bei den Wasserläufen in niemandes Eigentum werden die Inseln Eigentum der Ufereigentümer[6]. Entsteht eine Insel allerdings dadurch, daß ein Wasserlauf einen neuen Arm bildet, so gehört sie - wieder unterschiedslos - dem bisherigen Grundstückseigentümer[7].

c, Die Regelungen in den Gebieten des gemeinen Rechts

Das gemeine Recht nimmt - wie schon bei der Gewässereinteilung - eine Stellung ein, die das alte deutsche Recht als Ausgangspunkt und Basis und seine Überlagerung durch die Gedanken des subsidiär angewendeten römischen Rechts erkennen läßt. Zu den öffentlichen Gewässern rechneten grundsätzlich nur natürliche Wasserläufe, und von diesen

---

1) Die Ufereigentümer haben bei den Gewässern im Staatseigentum gewisse Verpflichtungen bezügl. d.Leinpfades.
2) So auch Maleville - Blanchard, Bd.2, Anm.zu Art.558.
3) Art.563 NBGB; Satz 563 BL.
4) Vgl. Dernburg I,§237, S.572.
5) Art.560 NBGB; Satz 560 BL.
6) Art.561 NBGB; Satz 561 BL.
7) Art.562 NBGB; Satz 562 BL.

nur diejenigen, die im alten deutschen Gemeingebrauch standen. Nach diesem deutschen Verständnis waren sie auch Eigentum aller Benutzenden. Die Ablösung des alten deutschen Eigentumsbegriffes durch den römisch-rechtlichen brachte der Eigentumsregelung im Gemeinen Recht dann mancherlei Schwierigkeiten. Von einzelnen Ausnahmen abgesehen, die unter dem Eigentum z.B. noch jegliches Vermögensrecht verstehen[1], wird es jetzt nur noch auf das Sachenrecht beschränkt und als vollkommene Herrschaft des Menschen über Sachen aufgefaßt[2]. Auch das Grundeigentum ist aus dem Zusammenhang mit dem öffentlichen Recht, in den es im Mittelalter gekommen war[3], gelöst und bezeichnet nunmehr die vollkommene und ausschließliche Herrschaft eines Individuums über ein Grundstück. Unterschiede in Einzelheiten zwischen römischem und gemeinrechtlichem Eigentumsbegriff sind an dieser Stelle unerheblich[4]. Der neue Inhalt des Eigentumsbegriffes brachte es mit sich, daß die alte deutsche Auffassung, derzufolge die gemeinen Gewässer im (Gemein-) Eigentum aller Benutzenden standen, und der grundsätzlich unbeschränkte Gebrauch der Gewässer durch jedermann sich einander ausschlossen. Daher wurden in Teilen des gemeinrechtlichen Geltungsgebietes die öffentlichen Gewässer - wie im römischen Recht - als eigentums- und verkehrsunfähig angesehen. Es war dies vor allem in Württemberg[5],

---

1) Oesterreichisches Gesetzbuch §353:"Alles, was jemandem zugehört, alle seine körperliche und unkörperliche Sachen, heiszen sein Eigenthum". Vgl. auch ALR I 11 §376, oben S.117.
2) Vgl. Bayer. Landrecht II, 2 §§1 und 4.
3) Da nur Freie Eigentum an Grund und Boden haben konnten und Vasallen nur abgeleitete Grundherrschaft (Lehen) zustehen konnte, änderten sich die Grundeigentumsverhältnisse stets im Gefolge und entsprechend den politischen und geographischen Verhältnissen.
4) Näheres vgl. Bluntschli, S.154ff.
5) Vgl. auch später die Regelung im Wassergesetz vom 1.12.1900, Art.1 II: "Die öffentlichen Gewässer sind ... dem Gemeingebrauch unter Aufsicht des Staates

Braunschweig[1], Hamburg und Lübeck[2] der Fall, ebenso wie auch in Hessen-Darmstadt[3], Lippe-Detmold, Schaumburg-Lippe und Bayern[4]. Der Grund dafür liegt nicht nur darin, daß die im Gemeingebrauch stehenden Gewässer als res omnium communes angesehen wurden[5] und extra commercium sowie extra patrimonium waren[6], sondern auch in der Auffassung, die fließende Welle als begrifflicher Hauptbestandteil eines Wasserlaufs könne nicht eigentumsfähig sein. So konnten beispielsweise im bayerischen Landrecht die öffentlichen Wasserläufe weder besessen (Teil II, Kap.5,§4) noch ersessen werden (Teil II, Kap. 4,§3).

An den öffentlichen nicht schiffbaren Wasserläufen war in diesen Ländern die Möglichkeit des Erwerbs von Privateigentum nicht ausgeschlossen[7]. In einigen Gebieten bezog er sich allerdings nur auf das Gewässerbett[8].

In den Ländern Oldenburg und Bremen sowie im Gebiet des fuldischen Rechts[9] hingegen wurde das Staatseigentum an den öffentlichen Gewässern bejaht. Dies wird z.T. daher rühren, daß das gesamte Territorium eines Landes, mithin auch die Gewässer, nach alter deutscher und gemeiner Auffassung der Landeshoheit unterlagen und dieser Begriff

---

überlassen". Siehe dazu auch die heutige Regelung in §4 I und 95 BadWWG und bei Hundertmark, S.27.

1) Vgl. auch später die Regelung im Wassergesetz vom 20.6.1876, §2 IV; näheres bei Höhne, S.50 und Kaisenberg, S.51f.
2) Dürfte aber wohl nur für die natürlichen Wasserläufe gegolten haben; s. Höhne, S.53.
3) In der Provinz Rheinhessen galt französisches und in Starkenburg und Oberhessen gemeines Recht.
4) Nur bei den natürlichen Wasserläufen; s.bayer.Landrecht II 1 §5; doch behielt sich der Staat das Recht der Landeshoheit vor; Conrad II,S.138; Kaisenberg S.37ff.
5) Nöldeke, S.515.
6) Reuß, Anm. zu Art.1 I WBG.
7) RGZ 52,380; OLG Celle in Seuff.Arch.70 Nr.2.
8) Näheres bei Kaisenberg, S.37ff.
9) Fuldisches Privatrecht III.Buch, 11.Hauptstück, I.Abschnitt, I.Absatz §392; vgl. Kaisenberg, S.39 und

oft ungenau mit dem Landeseigentum gleichgesetzt wurde[1)2)]. Zum Teil dürfte sich das Staatseigentum am Gewässer auch aus den Wasserregalien erklären, mit denen der weitaus größte Teil der gemeinen Wasserläufe im Mittelalter von den einzelnen Landesherren belegt worden war[3)] und das nicht nur als Herrschaftsrecht einer Person über eine Sache dem neuen Eigentumsbegriff nahe verwandt, sondern auch - und dies besonders beim Wasserregal - ein staatliches Vermögensrecht von überwiegend privatrechtlichem Gehalt war. Die öffentliche Komponente des Regals war ohnehin mit der Existenz des Staates verbunden; sie machte daher seit der Ausbildung des neueren Staatensystems die Veräußerung des Regals selbst unmöglich - nicht jedoch dagegen die Übertragung des materiellen Genusses des Regals, der privatrechtlichen Ausbeutung als Gerechtsame, an Private[4)]. Deutlich fällt hier die Entsprechung zu der Regelung auf, daß der im Staatseigentum stehende Wasserlauf unveräußerlich ist, seine auf dem Eigentum beruhende Nutzungen jedoch zur Ausübung übertragen werden können.

Über die Natur des Eigentums als öffentlichem oder privatem besteht Unsicherheit. Erklärlich wird dies außer durch die römische Auffassung von der staatlichen Hoheitsgewalt über die Gewässer auch anhand der, vor allem hier im Regalienrecht sichtbaren, Vermischung von öffentlichem und privatem Recht im Mittelalter und frühem gemeinem Recht. So wird das Eigentum in Oldenburg von einigen als

---

1) Auf diese Gewohnheit weist Runde, §101b,S.95 hin. So bejaht für Bayern auch Kreittmayr, Anm.6b,c zu II 1 §5 das Staatseigentum an den öffentlichen Gewässern, wobei er bezeichnenderweise schwankt, ob Eigentümer der Staat als solcher oder der Fürst selbst ist.
2) D.h. mit dem privaten Eigentum des Landesherrn. Unter Landeshoheit werden alle die gemeine Wohlfahrt des Staates zum Zwecke habenden Rechte der Oberherrschaft oder Staatsgewalt verstanden, mit Ausnahme der dem Kaiser vorbehaltenen Regierungsrechte; Definition bei Runde, §101b,S.94.
3) Vgl. oben S. 83 ff.
4) Bluntschli, S.227; oben S.101 f.

öffentliches[1], von anderen als privates verstanden[2]. In Bremen wurde anläßlich der Schaffung des Gesetzes über den Ausbau öffentlicher Flüsse vom 17.7.1931[3] die Ansicht vertreten, die öffentlichen Wasserläufe seien res nullius[4]; dies dürfte jedoch unzutreffend sein und stattdessen Privateigentum vorliegen, wie nicht nur von Post[5] aufzeigt, sondern wie es auch anhand der Rechtsgeschichte z.B. der Weser verständlicher ist[6].

Auch in diesen das Eigentum am öffentlichen Wasserlauf bejahenden Ländern werden die natürliche Unbeherrschbarkeit der fließenden Welle und ihr fortwährender Zusammenhang von der Quelle bis zur Mündung nicht übersehen. Das Eigentum wurde daher als im Prinzip beschränkt angesehen, und zwar zum einen durch diesen Zusammenhang, der alle am Wasserlauf Interessierten auf natürliche Weise zueinander in Beziehung bringt, und zum anderen durch die Zweckbestimmung der öffentlichen Gewässer zu jedermanns Dienst[7].

Die Frage nach dem rechtlichen Schicksal des Gewässerbettes ist unterschiedlich zu beantworten, je nachdem ob die Eigentumsfähigkeit der Gewässer bejaht wird oder nicht. Im ersten Fall umfaßte das Staatseigentum auch das Bett, im zweiten war dies grundsätzlich ebenfalls herrenlos. Ein Land dieser letzten Gruppe bildet eine Ausnahme. In Hessen-Darmstadt schreiben Art.48 des Dammbaugesetzes vom 14.6.1887 und Art.2 des Bachgesetzes vom 30.7.1887 das Bett eines Wasserlaufs dem privatrechtlichen Eigentum des Staates zu. Da hier vor der Rezeption sächsisches Recht galt[8], dem der Gedanke der rechtlichen Trennung

---

1) Opitz S.8.
2) Höhne S.61f; RGZ 94,33(35).
3) Siehe oben S.70.
4) Siehe Höhne, S.68.
5) Band I, S.131; Band III, S.6,30.
6) Schröder - von Künßberg, S.428 Fußnote 17.
7) Bluntschli, S.230; Mittermaier I, S.618.
8) Vgl. oben S.58.

von Wasser und Bett entstammt, darf diese Ansicht auch für die Zeit des gemeinen Rechts als gültig angesehen werden. In Württemberg, wo das Bett des öffentlichen Gewässers, solange es vom Wasser bedeckt war, als dessen unbedingter Bestandteil aufgefaßt wurde, und dem Privateigentum entzogen war[1], scheint dessen Erwerb allerdings nicht selten gewesen zu sein[2].

Die Grenzen des Eigentums, bzw. der Herrenlosigkeit am öffentlichen Wasserlauf dürften sich in der Längsrichtung - sofern dies überhaupt erforderlich wurde - nach örtlichen Anschauungen und dem geschichtlich gewachsenen Zustand gerichtet haben. Für die Beurteilung der seitlichen Grenzen war als Bemessungslinie grundsätzlich - gemäß römisch-rechtlicher Auffassung - der höchste Wasserstand[3] maßgebend. Eine Ausnahme bildet wieder Hessen-Darmstadt, das in der Tradition sächsischen Rechts stehend vom mittleren Wasserstand ausging[4]. Nicht als Ausnahme zu bewerten, da mit der Definition vom höchsten Wasserstand vereinbar, ist die Übung in Hamburg, Bremen und Lübeck, die bei den den Gezeiten unterworfenen Wasserläufen den höchsten Flutstand zum Maßstab nimmt.

Die räumlichen Veränderungen bei den öffentlichen Wasserläufen können wieder schematisch anhand der vier Fallgruppen betrachtet werden. Bei Anschwemmungen oder Anlandungen weicht die Grenze des Staatseigentums, bzw. der Herrenlosigkeit dann und in dem Ausmaß zurück, in dem das Neuland über den höchsten, bzw. mittleren Wasserstand wächst. Entsprechendes gilt für die verlassenen Flußbetten. Umgekehrt verhält es sich im Falle von Landabriß; hier verliert das Ufergrundstück. Inseln stehen, römischem Recht gemäß, nach gemeiner Auffassung grundsätzlich

---

1) Haller, Anm.2 zu Art.7 württWG vom 1.12.1900.
2) Vgl. die Regelung in Art.7 II württWG vom 1.12.1900.
3) Oben S.122.
4) Vgl. auch die Regelung im ALR; oben S.119.

den Ufereigentümern zu[1]; in Bayern, Oldenburg und Bremen gehört die im Wasserlauf entstehende Insel zum Staatseigentum.

2) Begriff und Umfang des Eigentums bei den nicht öffentlichen Gewässern

Wesentlich überschaubarer ist der Zustand bei den nicht öffentlichen Gewässern; sie stehen in beiden Rechtsgebieten (dem des gemeinen und dem ohne subsidiäre Geltung römischen Rechts) einschränkungslos und ohne jeden Zweifel im Privateigentum.

Als Inhalt des Eigentums wird, trotz Unterschieden in Einzelheiten, im gesamten Untersuchungsgebiet die unbebeschränkte rechtliche wie tatsächliche Herrschaft über eine Sache verstanden.

Das ALR beschreibt seinen Eigentumsbegriff vornehmlich in I 8 §§9-11[2]. Der hier gegebenen Definition unterliegt das Eigentum aller nicht öffentlichen Gewässer, denn einen anderen Eigentumsbegriff für körperliche Sachen kennt das ALR nicht[3]. Dieser Eigentumsbegriff gilt nicht nur bei den Privatgewässern, sondern auch bei den Privatflüssen. Für die ersteren ist dies in ALR I 9 §176 bestimmt, für die Privatflüsse enthält ALR II 15 §39 einen entsprechenden Hinweis. Zwar ist die Regelung des Rechts der Privatflüsse vom ALR weitestgehend vergessen worden und bestimmt sich daher nach den Provinzialgesetzen[4], die genannte Eigentumszuordnung gilt jedoch einheitlich, was auch in Rechtsprechung und Lehre belegt ist[5].

Für den rheinischen und badischen Raum ergibt sich der

---

1) Zur Bemessung der Grenzlinien s. Dernburg I, S.572f.
2) Vgl. auch Dernburg I, S.414f; oben S.116 f.
3) Dernburg I, S.415; vgl. oben S.116 f.
4) HKS I §8 Anm., S.91.
5) Dernburg I, S.618 Fußnote 5; Str A 25,142(145f), I: Kreis-Gericht Neu-Ruppin, II: Kammergericht.

Inhalt des Privateigentums vor allem aus Art. 544 NBGB, bzw. Satz 544 BL; er wird auch in der Literatur als die innerhalb der gesetzlichen Grenzen unbeschränkte Benutzungs- und Verfügungsbefugnis über eine Sache aufgefaßt[1]. Daß auch Privatpersonen Eigentümer sein können, besagen Art. 537 NBGB, bzw. Satz 537 BL. An verschiedenen Stellen setzen die Kodifikationen fest, daß die nicht öffentlichen Gewässer im Privateigentum stehen; so für die Quellen in Art. 641 NBGB (Satz 641 BL), für die künstlichen Gewässer in Artt. 552 f. NBGB (Sätze 552 f. BL)[2], für die natürlichen stehenden Gewässer in dem dem Art. 558 NBGB (Satz 558 BL) zu entnehmenden Rechtssatz und für das Grundwasser ergibt es sich wieder aus Art. 552 NBGB (Satz 552 BL).

Im Gebiet des gemeinen Rechts wird unter dem Privateigentum die volle, auf Ausschließlichkeit gerichtete Sachherrschaft eines einzelnen Individuums verstanden[3]. Daher können auch die Almendegewässer nicht mehr zu den privaten gezählt werden; zwar gehören sie der Gemeinde als Zusammenschluß ihrer Mitglieder, die Verfügungsbefugnis steht jedoch nur der Gesamtheit zu, deren Willen sich der einzelne unterzuordnen hat[4].

Im gesamten Untersuchungsgebiet wird das Eigentum am Privatgewässer als Grundeigentum aufgefaßt. Soweit das Gewässer innerhalb der Grenzen eines Grundstücks liegt, ist deren Eigentümer auch der Gewässereigentümer; gehören die Ufer verschiedenen Rechtssubjekten, so teilen sich diese auch das Eigentum am Gewässer, wobei als Grenze bei Wasserläufen deren Mittellinie[5], bei geschlossenen

---

1) Handbuch S.190 f.
2) Das gilt auch für künstliche Wasserläufe; Art. 714 NBGB (Satz 714 BL) findet auf sie keine Anwendung: so die Rspr. in RGZ 30,307(308).
3) Bluntschli, S.159 f.; Mittermaier I, S.413.
4) Bluntschli, S.158.
5) Dernburg I, S.618; Bluntschli, S.233 f.; Mittermaier I, S.621.

Gewässern die Verlängerung der seitlichen Grundstücksgrenzen auf den Gewässermittelpunkt hin genommen wird[1]. Die Grenzen des Grundstücks auf dem Lande begrenzen da, wo sie das Wasser erreichen, auch die Längenausdehnung des Eigentums am Wasserlauf gegenüber dem Nachbargrundstück. Wo in der Längsrichtung eines Wasserlaufs die Grenze zwischen privat- und öffentlich-rechtlichem Charakter liegt, wurde bereits ausgeführt.

Die Ausübung des Eigentumsrechts am Gewässer unterliegt überall mannigfachen Beschränkungen, die im Prinzip darauf gerichtet sind, vor Wassergefahren zu schützen und anderen den ihnen zukommenden Gebrauch des Wassers zu ermöglichen[2]; sie bestehen daher in der Regel nur bei Privatgewässern mit mehreren Eigentümern oder bei Wasserläufen. Sie gelten jedoch überall als Ausnahme vom grundsätzlich unbeschränkten Privateigentum, auch wenn sie in der Praxis den Grundsatz oft sehr verdrängen.

Im gesamten Untersuchungsgebiet umfaßt das Eigentum am Privatgewässer sowohl das Wasser wie das Bett; das ist auch in den Gebieten des Gemeinen Rechts der Fall, in denen für die öffentlichen Gewässer eine andere Ansicht vertreten wurde. Es ergibt sich aus der Auffassung des Gewässereigentums als Grundeigentum[3]. Zum Teil wird allerdings - so vor allem im gemeinen Recht[4] - darauf hingewiesen, daß wegen der größeren Beschränkungen das Grundeigentum am Gewässer von anderer Art sei als das am Ufergrundstück.

Die Bemessungslinie für die seitlichen Grenzen eines Privatgewässers ist in den einzelnen Ländern jeweils die gleiche wie bei den öffentlichen Gewässern, also jeweils der mittlere oder der höchste Wasserstand. Keines der

---

1) Rehbein - Reincke I, Anm.38) zu ALR I 9 §176.
2) Mittermaier I, S.621.
3) Mittermaier I, S.621.
4) Bluntschli, S.234.

Gesetze befaßt sich allerdings näher mit den Schwankungen im Umfang des Eigentums bei den Privatgewässern. Das erklärt sich aus der Tatsache, daß hier Gewässer- und Ufereigentümer regelmäßig identisch sind; bei den geschlossenen Gewässern ist sogar meist nur ein einziger Eigentümer vorhanden und nur die fließenden Gewässer haben im allgemeinen mehrere. Trotzdem besteht auch hier noch ein Unterschied zu den öffentlichen Wasserläufen, nämlich insofern, als dort Gewässer- und Ufereigentümer fast nie dieselbe Person sind. Praktisch wird das Uferrecht daher bei den Privatgewässern auch hauptsächlich nur in den Fällen, in denen das Gewässer einen anderen Eigentümer als das angrenzende Landstück hat. Diese Möglichkeit bestand im gesamten Untersuchungsgebiet.

Soweit es die Wasserläufe betrifft gelten für die Veränderungen der Eigentumsgrenzen infolge des Uferrechts die gleichen Grundsätze wie bei den öffentlichen Gewässern. Die in ALR I 9 §§223 bis 274 enthaltenen Regelungen[1] treffen auch für die Privatflüsse zu[2], nicht jedoch für die geschlossenen Gewässer[3]. Ebenso wie im Geltungsbereich von NBGB und BL behält der Eigentümer eines Sees oder Teiches sein Eigentum in den Grenzen des mittleren, bzw. höchsten Wasserstandes, unabhängig sowohl von Anschwemmungen wie auch von Überschwemmungen (Art. 558 NBGB, Satz 558 BL)[4]. Für das gemeinrechtliche Geltungsgebiet darf ebenfalls auf das für die öffentlichen Gewässer Gesagte verwiesen werden[5].

---

1) Vgl. oben S.119 f.
2) Siehe ALR I 9 §§244,245.
3) So auch Dernburg I, S.574.
4) Im Gegensatz zum öffentlichen See; vgl. oben S.123.
5) Vgl. oben S.128 f.

3) Zulässige Änderungen der Eigentumsverhältnisse

Wie oben gerade gesagt, erlaubten die das Wasserrecht in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts regelnden Kodifikationen und sonstigen Vorschriften auch eine andere Eigentumszuordnung als die geschilderte. Bei der Betrachtung solcher Abweichungen von der beschriebenen Norm muß unterschieden werden, ob die Begründung der Änderung schon in die Geltungszeit der hier besprochenen Vorschriften fällt oder ob sie bereits vor deren Inkrafttreten vollzogen worden ist. Während die Fälle dieser letzten Gruppe dem nächsten Absatz vorbehalten bleiben, sollen hier die Möglichkeiten aufgezeigt werden, die unter der Geltung dieser Vorschriften gegeben waren.

Dabei besteht ein Unterschied zwischen den öffentlichen und den privaten Gewässern.

An den schiffbaren Strömen des ALR II 14 §21, also der gesamten Gruppe öffentlicher Gewässer nach dem ALR, war seit dem 1.6.1794, bzw. den jeweiligen Einzeldaten des Inkrafttretens dieses Gesetzes, ein Erwerb privaten Eigentums nicht mehr möglich[1]. Umgekehrt war es aber auch unmöglich, dem gemeinen Eigentum des Staates weitere Gewässer hinzuzufügen, weder infolge von Fortschritten im Schiffbau, noch durch Maßnahmen an den Gewässern selbst; das besagen auch ALR II 15 §§39-43[2]. Ähnlich verhielt es sich im rheinischen und badischen Rechtsgebiet. Die öffentlichen Gewässer gehörten zum natürlichen öffentlichen Eigentum[3]; diese natürliche Beschaffenheit zu verändern, unterliegt nicht menschlicher Beeinflussung, sodaß ein öffentliches Gewässer nicht in Privateigentum überführt werden konnte. Den Kreis der zum öffentlichen

---

1) So prOVG 88,343 und Str A 15,360(362) I: Kreisgericht Brandenburg, II: Kammergericht; aber streitig: vgl. die Anmerkung in Str A 15,360(366).
2) So auch Dernburg I,S.615 Fußnote 1; vgl. auch oben S.102a.
3) O.Mayer, Franz. Verw., S.232.

Eigentum gehörenden Gewässer zu erweitern war dagegen möglich; es entstand dann künstliches öffentliches Eigentum[1]. Im Geltungsbereich des gemeinen Rechts waren die Eigentumsverhältnisse der schiffbaren Gewässer ebenfalls einer Änderung nicht zugänglich[2]. Dagegen war aber bei den nicht schiffbaren öffentlichen Wasserläufen die Möglichkeit des Erwerbs von Privateigentum an ihnen nicht ausgeschlossen[3]. Auch war der Kreis der öffentlichen Gewässer dadurch erweiterungsfähig, daß z.B. ein bisher im Privateigentum stehender nicht schiffbarer Fluß schiffbar gemacht und dem Eigentümer gegen Entschädigung entzogen wurde[4][5].

Bei den nicht öffentlichen Gewässern war es hingegen im gesamten Untersuchungsgebiet möglich, daß der Ufereigentümer sein Eigentum am Gewässer anderen Personen übertrug. Auch öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaften konnten privates Eigentum an einem Gewässer erwerben. Diese Möglichkeiten entspringen der grundsätzlich unbeschränkten Verfügungsgewalt des Eigentümers. Auch die Vielzahl von Rezessen, die zwischen den eine agrarwirtschaftliche Gemeinschaft bildenden Grundstückseigentümern[6] zur Regulierung gutsherrlich-bäuerlicher Zustände abgeschlossen wurden, enthielten - wenn auch Unterhaltungsbestimmungen ihr hauptsächliches Anliegen waren - häufig noch Abreden über die Eigentumsverhältnisse.

4) Die Behandlung alter Eigentumsverhältnisse

Die hier besprochenen Kodifikationen stießen auf recht-

---

1) Oben S.121.
2) Dernburg I, S.615.
3) Regelsberger, Pandekten I,§117,S.433; RGZ 52,380(383) I: LG Hannover, II: OLG Celle; a.A. Dernburg Pandekten I,§73 Nr.1,S.171.
4) Mittermaier I, S.617f.
5) Nicht im Geltungsbereich des ALR.
6) ZAGr 27,361.

liche Verhältnisse an den Gewässern, die nicht immer ihren Vorstellungen entsprachen. Das war besonders bei den "Neuregelungen", die ALR und NBGB, bzw. BL darstellten, der Fall. Sie mußten sich daher auch mit dem Schicksal der Rechtsverhältnisse befassen, die mit ihren Bestimmungen nicht im Einklang standen. Das geschah vor allem in Form einer allgemeinen Anweisung an die Richter, die neuen Gesetze auf vergangene Fälle nicht zu beziehen. Eine derartige Weisung enthält das NBGB in Art. 2 der Einleitung und das BL in Punkt IV des 1. Einführungsediktes; für das ALR ist dieser Grundsatz in Ziffer VIII des Publikationspatentes niedergelegt. Die Ziffern IX bis XVII sowie die §§ 14-21 der Einleitung des ALR enthalten dann recht ausführliche Richtlinien im einzelnen.

Diesen ist zu entnehmen, daß die Behandlung von Fällen aus der Zeit vor der Geltung der jeweiligen Kodifikationen, und zwar nicht nur im Bereich des ALR, sondern auch im rheinisch-badischen Raum, nicht einfach den Grundsätzen des allgemeinen oder der Analogie des positiven Rechts sowie richterlichem Ermessen unterliegt. Es muß vielmehr unterschieden werden zwischen solchen Vorschriften, welche den Erwerb und Verlust von Rechten betreffen und solchen, die die Anerkennung und Gestattung von Rechtsinstituten und ihre Gestaltung angehen. Für den ersten Fall trifft der genannte Grundsatz auf dem Gebiet des Sachenrechts einschränkungslos zu, während er keine Gültigkeit besitzt, wenn durch die neuen Vorschriften ein Rechtsinstitut nicht mehr anerkannt oder umgebildet wird[1]. So verbleibt es also bei allen bereits vor Inkrafttreten der neuen Kodifikationen erworbenen dinglichen Rechten, wenn nur einzelne Erwerbungsarten geändert worden sind[2], das Recht selbst aber noch anerkannt

---

1) Herrschende Meinung: Koch I, Anm.25 zu Ziff.VIII Publikationspatent, m.w.N.

2) So auch Dernburg I,S.618:"Es kann indessen das

wird. Es ist daher beispielsweise durchaus möglich, daß ein von Natur schiffbarer Strom im Privateigentum steht, sofern dieses nur vor der Publikation des ALR erworben wurde[1]. Die Ausgestaltung seines Eigentums, die Einschränkungen seines Rechts zugunsten der Allgemeinheit muß der Betreffende jedoch, ungeachtet der früheren Regelung, nun den Bestimmungen des ALR für die öffentlichen Ströme unterwerfen[2], weil das Rechtsinstitut des Privateigentums am öffentlichen Gewässer vom ALR nicht anerkannt war. Ebenso ist daher nur noch das ALR maßgebend, wenn einige Rechte nur noch unter einer gewissen Gestaltung zulässig sind, wie dies z.B. im Hypothekenrecht mit der Grundbuchpflichtigkeit der Fall war. Von Bedeutung war aus diesen Gründen auch das Ablösungsgesetz vom 2.3. 1850, das - sofern noch vorhanden - die Bann- und Lehnsrechte aufhob.

C: Die Regelung der Gewässerbenutzungen

Genau wie heute bedurfte auch im hier gesteckten Untersuchungszeitraum jede Gewässerbenutzung einer rechtlichen Grundlage. Diese kann privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur sein, unmittelbar auf einem Gesetz beruhen oder erst durch besonderen Rechtsakt begründet werden. Die Benutzung kann darüberhinaus zu ihrer zulässigen Ausübung noch weiterer hoheitlicher Gestattungsakte bedürfen. Im Laufe der Zeit haben sich nicht nur Charakter und Inhalt der Rechtsgrundlagen gewandelt - manche, wie z.B. die Gerechtsamen gibt es heute nicht mehr -, es hat sich auch aus mannigfachen Gründen die

---

Eigentumsrecht am Privatfluß durch besonderen Titel oder nach örtlichem Rechte anderen Personen zustehen".

1) Einen solchen Fall behandelt Str A.15,360(363 u.Anm. 366), I: Kreisgericht Brandenburg, II: Kammergericht.

2) Koch I,Anm.25) zu Ziff.VIII Publikationspatent; Str A 15,360(Anm.367).

Erforderlichkeit einzelner Rechtsgrundlagen für bestimmte Benutzungsformen geändert. Als Beispiel sei auf die bereits einmal angeschnittene Tatsache hingewiesen[1], daß die in der Form des Gemeingebrauchs zulässigen Benutzungen zahlenmäßig immer geringer geworden sind; auch die Nutzungs- und Verfügungsmöglichkeiten des privaten Eigentümers z.B. weichen vor staatlicher Dispositionsmöglichkeit über die Gewässer bis auf den heutigen Tag stets zurück.

Um die Beschreibung der Gewässerbenutzungen möglichst übersichtlich und durchgängig zu gestalten, mußte eine Gliederungsform gefunden werden, die von den genannten Schwankungen weitgehend unberührt bleibt und für jeden Zeitabschnitt beibehalten werden kann; daß sie sich nicht mit dem von den heutigen Gesetzen gewählten System deckt, ist kein Nachteil, denn die heute als eine Gruppe angesehenen Benutzungsformen wurden nicht nur in früheren Landesgesetzen unterschiedlich behandelt, sondern haben sich auch rechtlich verschieden entwickelt.

I: Der Gemeingebrauch

Es sei daher mit dem Gemeingebrauch begonnen, der heute zusammen mit den Sondernutzungen die öffentlich-rechtlichen Benutzungsformen ausmacht. Neben dem Eigentümergebrauch ist er die eine erlaubnisfreie Benutzung oberirdischer Gewässer.

1) Rechtsnatur des Gemeingebrauchs im Vergleich zur heutigen Ansicht

Die Wandlungen, die die rechtliche Gestalt und Bedeutung des Gemeingebrauchs seit dem alten deutschen Recht

---

1) Oben S.76.

und nach der Rezeption erfahren haben, wurden schon beschrieben. Ein Stillstand in der Diskussion ist bis heute nicht eingetreten. Der Übergang zu einer öffentlichrechtlichen Ordnung der Gewässerbenutzungen - als Teil des öffentlichen Sachenrechts -, der durch die neuesten Wassergesetze unter Einschränkung der Benutzungsfreiheiten des privaten Eigentümers vollzogen wurde, hat auch das Bild des Gemeingebrauchs wiederum modifiziert.

Unter den öffentlichen Sachen im weiteren Sinne werden heute alle diejenigen verstanden, die unmittelbar oder mittelbar öffentlichen Zwecken dienen; zu denen im engeren Sinne zählen nur die Sachen des Gemeingebrauchs. Dazu gehören auch die dem öffentlichen Wasserrecht unterworfenen Gewässer[1)], wobei es keinen Unterschied macht, ob es sich der Einteilung nach um öffentliche oder private Gewässer handelt. Auch die Kodifikationen der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts kennen einen Gemeingebrauch an Privatgewässern; in späteren Gesetzen wird diese Gestaltung fortgeführt. Ihren Status als öffentliche Sachen erhalten die Gewässer nach heute überwiegender Ansicht erst durch die mittels der Wassergesetze erfolgte Widmung[2)]; im vorigen Jahrhundert wurde dagegen auch die Meinung geäußert, die öffentliche Eigenschaft beruhe auf der natürlichen Beschaffenheit der Wasserläufe[3)]- eine Ansicht die verständlich wird aus der Auffassung vom öffentlichen Eigentum.

Während heute unter dem Gemeingebrauch im Prinzip der einem jeden kraft öffentlichen Rechts offenstehende Gebrauch einer öffentlichen Sache innerhalb ihrer Zweckbestimmung und der durch das gleiche Recht aller übrigen

---

1) für viele: Forsthoff ,S.389; Sieder - Zeitler, Vorbemerkungen Randnr.9; Hundertmark, S.35.
2) für viele: Wolff §56 IIa,S.417 ; Sieder - Zeitler, Vorbemerkungen, Randnr.11; Hundertmark,S.35; Salzwedel in ZfW 1962,73(77).
3) O.Mayer, Dt.Verw.R.II,S.102f.

gezogenen Grenzen verstanden wird, sahen die Definitionen des vorigen Jahrhunderts in ihm zum Teil noch ein Recht mit deutlich privatrechtlichen Elementen. Die Auffassungen sind zwischen den einzelnen Rechtsgebieten unterschiedlich und erreichen erst nach der Jahrhundertwende größere Übereinstimmung.

So definiert Regelsberger[1] den Gemeingebrauch als ein privates Sachenrecht eigentümlicher Art; dieser Ansicht ist auch Bekker[2], der ihn deshalb als dingliches Recht ansieht, weil sein Objekt eine Sache ist, und der die Eigentümlichkeit dieses Rechts damit begründet, daß es vom Einzelnen weder erworben, noch verloren, noch übertragen werden kann. Ähnlich waren die für den code civil geltenden - und damit auch im rheinischen und badischen Raum herrschenden - Ansichten[3]. Bluntschli[4] hingegen vertritt für den Gemeingebrauch an den natürlichen Gewässern bereits die Auffassung, es sei eine Betätigung der natürlichen Handlungsfreiheit des Menschen, da diese Gewässer einer ihrem Wesen nach gemeinsamen Herrschaft aller Menschen unterliegen. Die Eigentumsverhältnisse der Gewässer seien insofern unbeachtlich, da das Eigentumsrecht am Gemeingebrauch seine inhaltliche Grenze finde[5]. Das wird auch von Otto Gierke[6] so gesehen, der schreibt, daß das Eigentum durch die der Sache auferlegte öffentlich-rechtliche Last des Gemeingebrauchs geschmälert sei und jedes Privatrecht nur insoweit ausgeübt werden könne, als es mit dem Gemeingebrauch vereinbar ist. Damit meint er, daß der rechtsgeschäftliche Verkehr ein Gewässer nur insoweit ergreifen kann, als das mit dem ihm entrückten Gemeingebrauch vereinbar ist. Es bedeutet nicht , daß die Ausübung der kraft Gemeingebrauchs zuläs-

---

1) Regelsberger Pandekten I, S.422.
2) Bekker Pandekten I, S.342.
3) O.Mayer, Dt.Verw.R.II,S.141 Fußnote 9 m.w.N.
4) Bluntschli, S.232f.
5) Siehe aber auch oben S.131.
6) O.Gierke II,S.23f.

sigen Tätigkeiten durch andere Nutzungsrechte nicht eingeengt wäre[1], wenngleich noch nicht in dem heutigen Ausmaß, wo der Gemeingebrauch im Wasserrecht nur unter Rücksichtnahme auf alle anderen Benutzungsformen zulässig ist, die er nicht beeinträchtigen darf und denen gegenüber er vorwiegend nachrangig ist[2]. Seinem Inhalt nach wird der Gemeingebrauch von O. Gierke[3] als publizistisches Persönlichkeitsrecht aufgefaßt, das sich für den Einzelnen als subjektiv-öffentliches Recht auf Gewährung des Mitgebrauchs an der öffentlichen Sache darstellt. Ebenso sieht auch Dernburg[4] - gleichfalls an der Wende zum 20. Jahrhundert stehend - den Gemeingebrauch als eine durch das öffentliche Recht verbürgte Befugnis an; ähnlich bezeichnet ihn O. Mayer[5] als die in die Freiheit des Einzelnen gestellte bestimmungsgemäße Benutzung der öffentlichen Sachen. Die Tätigkeiten des Gemeingebrauchs beruhen nach h.A. also unmittelbar auf dem Gesetz; der Gemeingebrauch ist daher kein Recht oder Titel.

Uneinigkeit herrschte zum Teil über die Person des Berechtigten. Der Streit ist für den Gemeingebrauch an den Gewässern allerdings bedeutungslos, denn nach O. Mayer[6] steht er "jedem Menschen" offen, nach Dernburg[7] dem "Publikum" und O. Gierke[8] gestattet ihn jedem "Staatsgenossen" sowie auch den sich rechtmäßig im Staatsgebiet aufhaltenden Fremden. Alle drei Definitionen bezeichnen hier ein und denselben Personenkreis. Auch bei den Allmendegewässern steht der Gemeingebrauch zu dieser Zeit nicht mehr nur den Gemeindemitgliedern, sondern jedermann offen[9].

---

1) O. Gierke II, S. 30 f.
2) Hundertmark, S. 93 f.
3) O. Gierke II, S. 25 f.
4) Dernburg I, S. 139.
5) O. Mayer, Dt. Verw. R. II, S. 143.
6) O. Mayer, Dt. Verw. R. II, S. 139.
7) Dernburg I, S. 139.
8) O. Gierke II, S. 25 Text und Fußnote 19.
9) O. Mayer, Dt. Verw. R. II, S. 138 f.; O. Gierke II, S. 31; vgl. oben S. 104 Fußnote 2.

2) Die Tätigkeiten des Gemeingebrauchs

Einen abschließenden Katalog der aufgrund des Gemeingebrauchs offenstehenden Gewässerbenutzungen enthält noch keine der hier betrachteten Kodifikationen. Aus den einzelnen Gesetzen sowie der erläuternden Literatur ergibt sich jedoch, daß der Umfang der Benutzungen in den Gebieten des ALR und des rheinisch-badischen Rechts einerseits und dem des gemeinen Rechts andererseits verschieden groß ist. Allen Rechtssystemen eigen ist eine Unterscheidung zwischen Nutzungen, die nur das Wasser selbst zum Gegenstand haben und solchen, die auf das Flußbett einwirken. Sehr deutlich zeigt das ALR II 15 §44, der vom Gebrauch des Flußwassers "aus" dem Gewässer spricht.

a) Das Gebiet von ALR und rheinisch-badischem Recht

Im einzelnen sind diese nur das Wasser selbst berührenden Tätigkeiten das Schöpfen, Trinken, Waschen, Baden, Schwemmen und Tränken[1]. Derartige Aufzählungen sollen nicht erschöpfend sein, weshalb die Tätigkeiten auch bisweilen als der gewöhnliche Gebrauch zu den Bedürfnissen des Lebens umfassend zu charakterisieren versucht werden[2]. Unerheblich ist dabei, ob es sich um ein öffentliches oder privates Gewässer handelt. Daß ALR II 15 §44 hier nur von den "öffentlichen Strömen" spricht, darf nicht irreführen, denn für die Privatflüsse waren noch die gemeinrechtlichen Provinzialregelungen anzuwenden[3]; diese aber machen hinsichtlich des Umfangs des Gemeingebrauchs keinen Unterschied zwischen öffentlichen und privaten Gewässern.

Die Möglichkeiten der Ausübung des Gemeingebrauchs sind überall räumlich beschränkt durch das Verbot rechtswidri-

---

1) ALR II 15 §§44,45; O.Mayer,Dt.Verw.R.II,S.148; Bluntschli,S.232 f.; Mittermaier I,S.617ff.; Bayer.Landrecht II 8 §12 Sätze 1 u.2.
2) Mittermaier I,S.620.
3) Wüsthoff, Handbuch 1 Nr.5,4.),S.24.

ger Betretung der Ufergrundstücke[1]. Das schließt den Gemeingebrauch an den vollständig auf einem Grundstück befindlichen Gewässern, wie Quellen, Teichen oder Brunnen usw., in der Regel völlig aus. Daher war auch im Bereich des ALR an den Privatgewässern - als Gegenstück zu den Privatflüssen[2] - ein Gemeingebrauch von ihm nicht vorgesehen. Ebenso war auch in den Räumen rheinischen und badischen Rechts außer an den Wasserläufen im öffentlichen Staatseigentum nur noch an den Gewässern des Art. 714 NBGB (Satz 714 BL) der Gebrauch jedermann gemein. Schließt der Respekt vor dem privaten Ufergrundstückseigentum hier also eine ganze Gruppe von Gewässern vom Gemeingebrauch aus, so schränkte er den Umfang dieser - notgedrungenerweise vom Ufer aus auszuübenden - Tätigkeiten auch an anderen Gewässern - seien sie privat oder öffentlich - stark ein[3]. Bisweilen waren auch einzelne Gebrauchsarten nur an den eigens dazu eingerichteten Plätzen gestattet, wie das Tränken und Schwemmen an Flüssen im Bereich des ALR[4].

Alle genannten Tätigkeiten werden vom Gemeingebrauch nur insoweit umfaßt, als ihre Ausübung ohne Anlagen geschieht. Bei den Privatgewässern ist deren Errichtung wegen der Eigentumsrechte nicht ohne weiteres möglich und nur durch vertragliche Regelung zwischen dem Eigentümer und dem Dritten zu erreichen. An den öffentlichen Gewässern bedürfen dergleichen Maßnahmen, wobei vor allem Wasch- oder Badehäuser in Betracht kommen, einer staatlichen Er-

---

1) Für viele: Mittermaier I, S.620.
2) Oben S.111.
3) Weniger berührt war hiervon z.B. die auch auf dem Gemeingebrauch beruhende Schiffahrt, da sie einerseits eine Verbindung zum Ufer nur selten benötigt und ihr andererseits an den öffentlichen Flüssen das Recht zur Betretung eines Leinpfades zustand, auch wenn dieser einem privaten Eigentümer gehörte; vgl. ALR II 15 §§57 ff. Es darf also kein falscher Eindruck über den praktischen Umfang des gesamten Gemeingebrauchs entstehen.
4) ALR II 15 §45.

laubnis[1], deren Rechtsnatur hier noch keiner Erörterung bedarf. Eine wie auch immer geartete hoheitliche Gestattung ist nicht nur für diese Fälle, sondern darüberhinaus noch für eine Reihe anderer Tätigkeiten, unabhängig von der Intensität ihrer Ausübung, erforderlich; die Abgrenzungen dieser einzelnen Rechtsgrundlagen gegeneinander, insbesondere die Frage, ob es sich um eine Nutzungsverleihung handelt, sind noch flüssig, wie O. Gierke[2] zu Recht meint. Diese Unsicherheit bei der Einordnung der einzelnen Gestattungsarten rührt nicht zuletzt von ihrem damals noch ungeklärten Verhältnis zum Gemeingebrauch und der noch nicht durchgängig erfolgten Dreiteilung zwischen Nutzungsverleihung, Gebrauchserlaubnis und Gemeingebrauch her[3]. Auch die Wassergesetze zu Beginn dieses Jahrhunderts führten hier noch keine Entwirrung herbei; sie fassen - wie noch gezeigt werden wird - zum Teil auch die von innen aufgrund einer Gebrauchserlaubnis zugelassenen Tätigkeiten als einen, wenn auch intensiveren, Gemeingebrauch auf.

Als Nutzungen, die auch auf das Gewässerbett einwirken, kommen vor allem die Entnahme von Sand, Steinen, Kies oder Schlamm sowie auch der Schnitt von Weiden, Schilf, oder anderen Pflanzen in Frage. An den privaten Gewässern sind diese Nutzungen meist ausschließlich den Ufereigentümern vorbehalten, da sie Eigentümer des Gewässerbettes sind. Für die öffentlichen Gewässer gab es verschiedene Auffassungen, denn ausdrückliche gesetzliche Vorschriften finden sich hierzu nicht; Klarheit in der Praxis schaffte daher vielfach erst die Rechtsprechung. Für das Gebiet

---

1) Vgl. z.B. ALR II 15 §46.
2) O.Gierke II,S.27 Fußnote 30.
3) Die vom Verfasser hier angedeutete Unterscheidung zwischen Gemeingebrauch, Gebrauchserlaubnis und Nutzungsverleihung findet sich erstmals in der Literatur vertreten bei O.Mayer, Dt.Verw.R.II, S.167 Fußnote 2, läßt sich aber bereits schon im hier behandelten Untersuchungszeitraum in Ansätzen erkennen.

des ALR war eine Entscheidung des preußischen Obertribunals[1] ausschlaggebend, die - mit allerdings nur zum Teil zutreffender Begründung[2] - diese Benutzungen dem Recht des Gemeingebrauchs unterstellte; ihr folgte auch die spätere Rechtsprechung, wobei die Gründe teilweise wechseln[3]. Auch im rheinischen und badischen Rechtsgebiet gehörten diese Tätigkeiten an allen öffentlichen Gewässern zum Gemeingebrauch.

b) Das Gebiet des gemeinen Rechts

Sehr viel weiter ging der Bereich der Befugnisse im gemeinen Recht. Er umfaßte im wesentlichen zusätzlich noch diejenigen Benutzungen, die bei den anderen Rechtssystemen nur dem Eigentümer vorbehalten waren. Allgemein wird gesagt, daß der Gemeingebrauch alle die Wahrnehmungen einschließt, denen die Gewässer von der Natur der Sache her zu dienen bestimmt sind[4].

Dazu gehörte, was zunächst die das Wasser selbst betreffenden Nutzungen angeht, hauptsächlich die Ableitung von Wasser zum Ge- und Verbrauch für land- und hauswirtschaftliche Zwecke; wegen der damit verbundenen Anlagen allerdings nur an den nicht schiffbaren Gewässern[5]. Das gleiche gilt für die Ableitung zum Bewegen von Triebwerken[6]. An allen Gewässern war die Einleitung jeglicher Flüssigkeiten ohne weitere Rechtsgrundlage zulässig.

Die Gefahr von Kollisionen dieser weitgehenden Nutzungen wurde durch ein Wertigkeitssystem gebannt, das den Wassergebrauchsarten, die einen im Interesse der Allgemeinheit liegenden Zweck erfüllten den Vorrang vor den nur privatnützigen einräumt. Kein Gemeingebrauch durfte deshalb die Schiffahrt und Flößerei beeinträchtigen, die Wasser-

---

1) Ob.Tr.42,54.
2) Dernburg I,S.616,Fußnote 6.
3) RGZ 4,258(260).
4) Hesse in Iher.JB.Bd.VII,S.265.
5) Hesse in Iher.Jb.Bd.VII,S.260 f.
6) Hesse in Iher.JB.Bd.VII,S.262,Fußn.191.Vgl.auch Elvers, S.32 f.

entnahme für eine öffentliche Versorgungsanlage genoß Vorrang vor privaten Ableitungen. Erlaubt war eine Tätigkeit durch den Gemeingebrauch außerdem nur dann und solange, wie sie nicht einem anderen nachteilig oder störend war[1].

Daß zur Wahrnehmung des Gebrauchs nur derjenige berechtigt ist, der aufgrund des Eigentums oder eines anderen Rechts zur Betretung der Ufergrundstücke befugt war, wird nirgends festgestellt. Die Nutzung ausüben konnte vielmehr jeder, der dazu Gelegenheit hatte[2]; in der Praxis dürfte dieser Kreis allerdings identisch mit dem der Betretungsberechtigten gewesen sein.

Da die vom Gemeingebrauch umfaßten und hier genannten Benutzungsarten notwendigerweise nicht ohne Anlagen wahrgenommen werden konnten, wurde auch deren Errichtung und Unterhaltung mit von dieser Rechtsgrundlage gedeckt. Die Anlagen durften jedoch nur der bestimmten Benutzung dienen. Nicht erlaubt waren Stauvorrichtungen; gestattet waren lediglich sich im Uferbereich haltende Einrichtungen zu Wasserentnahmezwecken.

Weil die Wahrnehmung einer Gemeingebrauchsart auch die Verpflichtung begründete, diejenigen Maßnahmen zu treffen, die zur Erhaltung der Nutzungsmöglichkeiten am Gewässer allgemein erforderlich waren, umfaßte der Gemeingebrauch beispielsweise auch die Säuberung des Flußbettes von Geröll und ähnlichen Hindernissen, die sich infolge der Nutzung angesammelt haben. Ob nun aber die Entnahme von Steinen und dergleichen, auch wenn sie nicht zu Säuberungs-, sondern zu Nutzungszwecken geschah, innerhalb des Gemeingebrauchs lag, dieser also auch Benutzungen des Gewässerbettes einschloß, war streitig.

In den Gegenden, die die öffentlichen Gewässer zu den her-

---

1) Elvers, S.30 f.
2) Hesse in Iher.Jb. Bd.VII, S.261.

renlosen Sachen zählten, wurde anfangs die Ansicht vertreten, die Nutzungen des Flußbettes seien Gegenstände des Wasserregals des Staates[1]. Das wurde auch für diejenigen privaten Gewässer so gesehen, an denen der Staat die Oberherrschaft in Anspruch nahm[2]. Die Mehrheit der gemeinrechtlichen Schriftsteller betrachtete diese Nutzungen jedoch als Gemeingebrauch[3], und zwar nicht nur mit dem Hinweis auf den römischen "usus publicus", sondern auch auf die Säuberungspflicht des Benutzers. Auch in den Gegenden, in denen ein Eigentum des Staates an den öffentlichen Gewässern bejaht wurde, setzte sich die Auffassung durch, daß trotz staatlichen Eigentums diese Nutzungen allgemein frei zugänglich gemacht werden müßten - zum Schutz gegen willkürliches Zugreifen der Einzelnen ungefähr ab 1850 allerdings nach und nach nur kraft näherer Anordnung des Staates[4]. Diese Anordnung war keine Verleihung eines Rechts; vielmehr zeigt ihr Zweck, daß es dem Staat nur auf die Wahrnehmung einer Ordnungsfunktion ankam. Die Benutzungen finden ihre Grenze dann an dieser Vorstellung des Staates, nicht am gleichen Recht der Mitbenutzer, und sind nach Ansicht Bluntschlis in diesen Fällen seitdem nicht mehr im Gemeingebrauch enthalten. Das gilt allerdings erst für den Zeitraum nach 1850 und wurde auch vor den dann gültigen Gesetzen nicht immer in so scharfer Trennung gesehen. Als Beispiel dafür können besonders Art. 15 I WBG und Art. 26 II bay WG angeführt werden.

II: Die Benutzungsrechte der Eigentümer und Anlieger

Neben dem Gemeingebrauch sind die Benutzungen durch Eigentümer und Anlieger die andere Erscheinungsform er-

---

1) Klüber II, §248 Fußn.c, S.545 u. §373, S.739.
2) Klüber II, §370, S.735 u. §275, S.582.
3) Dernburg I, S.616 Fußn.6 m.w.N.; Hesse in Iher.Jb. Bd.VII, S.267.
4) Bluntschli, S.232.

laubnisfreien Gebrauchs oberirdischer Gewässer. Weiter als beim Gemeingebrauch erstrecken sich die Nutzungsrechte der Eigentümer auch auf das unterirdische Wasser. Bezüglich der oberirdischen Gewässer sind als Eigentümer nur die Gewässereigentümer zu verstehen, als Anlieger die Rechtssubjekte, deren Eigentumsrecht nur das Ufergrundstück umfaßt und an der jeweiligen Wasserlinie endet. Die Eigentümer der Grundstücke, die auf der wasserabgewandten Seite an die Ufergrundstücke stoßen, werden Hinterlieger genannt.

1) Der Eigentümergebrauch

Eigentumsverhältnisse und Gegenstand des Gewässereigentums in den einzelnen Rechtsgebieten wurden bereits erörtert. Der Eigentümergebrauch kommt danach vorwiegend bei den Privatgewässern in Betracht, ist aber auch an öffentlichen Gewässern möglich, sei es infolge alter Eigentumsverhältnisse, sei es als Nutzung durch den Fiskus[1]. Daß in Hessen-Darmstadt und Württemberg der Staat zum Teil nur Eigentümer des Gewässerbettes ist[2], macht für die Nutzungsbefugnis in der Praxis keinen Unterschied gegenüber den Fällen, wo das Eigentum Wasser und Bett umfaßt, da durch die natürliche Verbundenheit der Eigentümer des Gewässerbettes das Wasser in gleichem Umfang nutzen und Dritte ausschließen kann wie der Eigentümer des Gesamtgewässers[3]. Der Eigentümergebrauch ist - wie vor allem für die öffentlichen Gewässer betont wird - durch deren Bestimmung zu jedermanns Dienst eingeschränkt; begrifflich unmöglich ist er an den öffentlichen Gewässern, die in niemandes Eigentum stehen, was nicht nur im rheinischen und badischen Raum (Art. 714 NBGB; Satz 714 BL), sondern auch in weiten Teilen des gemeinrechtlichen

1) Siehe z.B. oben S.118.
2) Oben S.127 f.
3) Vgl. Hundertmark, S.26.

Gebietes der Fall ist[1].

a) Die Nutzungsmöglichkeiten des Eigentümers im einzelnen

Im Zusammenhang mit den öffentlichen Gewässern finden sich daher nirgends Vorschriften über den Umfang des Eigentümergebrauchs; aber auch für die Privatgewässer werden fast ausschließlich nur grundsätzliche Erklärungen abgegeben, und auch diese nur für solche Gewässer, an denen es zu Interessenkollisionen verschiedener Eigentümer kommen kann - also nicht für die ausschließlich auf einem Grundstück gelegenen Wasser, wie Teiche, Brunnen usw. Diese Erklärungen lauten in allen Rechtsgebieten übereinstimmend dahin, daß jeder Eigentümer innerhalb seiner Gewässergrundstücksgrenzen das Wasser zu jeglicher Tätigkeit nach Belieben nutzen kann[2]. Für das rheinische und badische Rechtsgebiet ist hierbei der außerordentlich geringe Umfang der Privatgewässer zu beachten, sodaß die Vorschriften des Eigentümergebrauchs nur bei den Quellen praktisch bedeutsam werden[3].

Der genannte Grundsatz gibt dem Eigentümer im einzelnen folgende Nutzungsmöglichkeiten - soweit nicht in einigen Gegenden bereits zum Gemeingebrauch gehörend:
Er darf sich des Wassers zu Bewässerungszwecken - auch mittels fester Einrichtungen - bedienen. Es steht ihm zu, die Wasserkraft auszunutzen und die hierzu erforderlichen Maschinen und Anlagen - wie z.B. Stauwerke - am und im Wasser zu errichten. Auch die Ausnutzung des Gewässerbettes steht ihm zu, wobei vor allem das Einkarren oder -schwemmen von Sand und Erde zur Landgewinnung in Betracht kommt und die Entnahme von Steinen, Kies, Sand,

---

1) Dies ist nach Ansicht des Verfassers der Grund für das grundsätzliche Fehlen eines Eigentümergebrauchs z.B. im Badischen WG von 1899.
2) ALR I 9 §176 und II 15§939 i.V.m. I 8 §§9-13; Art.641, 552 NBGB i.V.m.Art.544 NBGB (Sätze 641,552 i.V.m. Satz 544 BL); so auch die Literatur: Dernburg I,S.619; Mittermaier I,S.621; Bluntschli,S.234.
3) Daher auch nur die Regelung in Art.641 NBGB=Satz 641 BL.

Schlamm und der Pflanzenschnitt. Das Recht, Bauwerke und Anlagen am und im Wasser zu errichten, umfaßt nicht nur Bade- und Waschanstalten, sondern auch jegliche anderen Einrichtungen zu privaten wie gewerblichen Zwecken, so insbesondere Fahranlagen, Fischhalter, Wäscherei-, Färberei- und Gerbereibetriebe. Alle Nutzungsarten dürfen unbeschadet besonderer Rechte nur innerhalb des eigenen Grundstücks wahrgenommen werden.

Anlaß zu langdauernden Kontroversen gab die Frage, ob dem Eigentümer auch das Recht auf Ausnutzung der Belastungskapazität des Gewässers durch Einleiten von Wasser und Abwasser mittels dazu geeigneter Einrichtungen zustehe. Positive, dieses Problem ausdrücklich regelnde Rechtsvorschriften fehlen im Untersuchungszeitraum noch. Im Geltungsgebiet des gemeinen Rechts waren diese Tätigkeiten - zumindest für die Belange der Bodenkultur - bereits aufgrund des Gemeingebrauchs zulässig[1], was nicht nur von der Literatur der damaligen Zeit[2], sondern auch von späterer Rechtsprechung anerkannt wird[3]. Für das Gebiet des ALR wurde eine Zeitlang die Ansicht vertreten, aus dem Vorfluteedikt vom 15.11.1811[4] und einem Gesetz vom 11.5.1853[5] ergebe sich, daß diese Nutzungen nur an Privatflüssen, nur im Interesse der Bodenkultur oder Schiffahrt und nur aufgrund ausdrücklicher Befugnis zulässig seien. Seit einer auch den Untersuchungszeitraum betreffenden grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichts vom 2.6.1886[6] wird jedoch festgehalten, daß Einleitungen von Wasser oder Abwasser gestattet seien, und zwar gleichgültig für welche Belange und an welchen Wasserläufen[7]. Aus der Begründung, die Aufnahme zusätzlichen Wassers oder anderer Stoffe entspreche der natürli-

1) Oben S.144.
2) Elvers, S.67f; Hesse in Iher.JB.Bd.VII,S.265f.
3) RGZ 16,144 (146); 52,379.
4) Oben S. 46.
5) GS. S.182.
6) RGZ 16,178ff.
7) RGZ 16,178 (182).

chen Bestimmung der Wasserläufe als Vorfluter, muß geschlossen werden, daß diese Nutzungen an künstlichen Gewässern, insbesondere den Kanälen, nicht erlaubt waren[1]. Diese Ansichten werden auch für das rheinisch-badische Rechtsgebiet vertreten[2], obgleich die Einordnung dieser Befugnisse in das System des code civil Schwierigkeiten bereitete[3]. Weitgehend unklar bleibt aber die Rechtsgrundlage dieses Gewässergebrauchs. Zwar klingt in der genannten Entscheidung an[4], diese sei das Eigentum am Privatflusse, und an dieser Auffassung wird auch später festgehalten[5], jedoch steht dazu die Billigung der Nutzung auch an den öffentlichen Wasserläufen in Widerspruch. Die Begründung der Zulässigkeit mit der natürlichen Aufgabe der Wasserläufe als Vorfluter lassen diese Nutzungen daher auch im Bereich des ALR wohl eher dem Gemeingebrauch zuzurechnen zu sein[6].

b) Die Genehmigungspflichtigkeit der Stauanlagen für Wassertriebwerke

Nicht bei allen genannten Benutzungen, die auf dem Eigentum als Rechtsgrundlage beruhen, genügt dies allein, um zur Wahrnehmung der Tätigkeiten berechtigt zu sein. Partikularrechtlich unterschiedlich wird für bestimmte Nutzungen die vorgängige Erteilung einer Genehmigung durch den Staat gefordert. Die systematische Einordnung dieser Gestattung, ihre Bezeichnung als Genehmigung sowie ihr Verhältnis zur staatlichen Verleihung von Benutzungsrechten einerseits und zu anderen Genehmigungen, wie gewerbe- oder baurechtlichen andererseits, ist zu Beginn des vorigen Jahrhunderts weitgehend ungeklärt. Bewirkt wird das nicht zuletzt durch die irreführende Terminologie. In ALR II 15 § 236 wird die Genehmigung "Approbation" genannt,

---

1) So dann auch RGZ 59, 138 (140).
2) RGZ 53, 43.
3) Näheres bei HKS II, §379, Anm.21)b), S.617.
4) RGZ 16, 178 (181).
5) RGZ 21, 302 (303); 38, 268.
6) So auch HKS II, §379, Anm.21)b), S.617.

Mittermaier[1] spricht von "Erlaubnis", Bluntschli[2] ebenfalls und vermischt die Kennzeichen von Genehmigung zum einen und Erlaubnis als Rechtsgrundlage einer Benutzung zum anderen.

Die Erklärung für diese Unsicherheit wie auch für das Ziel der Genehmigung gibt die Geschichte dieses Gestattungsaktes. Sein Ausgangspunkt liegt im Mühlenrecht. Nach Einführung der Regalität für diese Nutzung erforderten Errichtung und Betrieb einer Mühle die Verleihung einer Gerechtsamen. Das war partikularrechtlich grundsätzlich anerkannt und wurde nicht nur für schiffbare, sondern in der Regel auch für alle anderen Wasserläufe ohne Ansehen der Eigentumsvernältnisse so gehandhabt[3]. Die Gerechtsame war nicht nur Grundlage der Nutzung, sondern sie diente auch im öffentlichen Interesse dem Schutz der Gewässer und gab dem Müller eine gewisse Sicherneit vor späteren Zugriffen Dritter.
Im Untersuchungszeitraum bedürfen Anlegung und Unterhaltung von Mühlen an öffentlichen Gewässern noch staatlicher Erlaubnis[4], während es bei den Privatgewässern hingegen nicht mehr der Fall war und zum Eigentümergebrauch zählte[5]. Aus dem nachhaltigen Eingriff derartiger Bauwerke in den Wasserlauf, wie den großen Investitionen des Benutzenden ist es erklärlich, daß dennoch ein System beibehalten wurde, das der bisherigen Sicherung aller Beteiligten und Interessen entsprach.

Der im öffentlichen Interesse liegende Zweck der Genehmi-

---

1) Mittermaier I,S.623.
2) Bluntschli, S.235f.
3) Näher dazu: HKS I,Anm.B zu §42,S.286.
4) ALR II 15 §229; Bayerisches Landrecht IV 16 §11 Satz 1; Mittermaier I,S.646 Fußnote 2 m.w.N.
5) Diese Freiheit wurde im Bereich des ALR erst durch die Edikte vom 29.3.1808 (GS.,S.45) und 28.10.1810 (zur Aufhebung des Mühlenregals; GS.,S.95) wieder eingeführt; Rehbein - Reincke IV,Anm.109 zu II 15 §233; Mittermaier I,S.647.

gung, das Gewässer vor Schädigung zu schützen, tritt dadurch deutlich hervor, daß zu ihrer Beantragung die Bauunterlagen für die Einrichtung vorzulegen waren und daß auch die Wiederherstellung, Verlegung sowie jegliche auf Wasserverbrauch und -abfluß einwirkende Veränderung einer Genehmigung bedurfte[1].

Der hoheitliche Akt diente aber auch dazu, nach seiner Erteilung den Berechtigten vor späteren Ansprüchen Dritter zu schützen. Daher war mit der Erteilung der Genehmigung ein Verfahren verbunden, innerhalb dessen sowohl die benachbarten Gewässereigentümer, wie auch alle diejenigen gegen die geplante Anlage Widerspruch einlegen konnten, die auf irgendeiner anderen Grundlage bereits ein Recht zur Einrichtung eines Werkes für die Wasserkraftausnutzung besaßen[2]. Grundlagen für den Widerspruch waren neben Privatrechten, die die Errichtung hinderten, auch gesetzliche Ansprüche auf Schutz vor Wasserentziehung oder Rückstau. Die Berücksichtigung der Widersprüche richtete sich nach dem in Anspruch genommenen Recht. Aus den einzelnen Regelungen[3] ist zu ersehen, ob und bejahendenfalls welchen Ansprüchen von dritter Seite ein Benutzer auch nach rechtmäßiger Aufnahme seiner Tätigkeit noch ausgesetzt war. Umgekehrt ergeben diese Bestimmungen aber auch, welche Schritte ein Dritter unternehmen konnte, um mögliche Ansprüche gegenüber der Nutzung eines neu Hinzukommenden geltend machen oder durchsetzen zu können. Der Genehmigung kam also Drittwirkung zu; der Staat übte mittels ihres Verfahrens Nachbarrecht aus.

Der beschriebenen Genehmigungspflicht unterlagen in der ersten Hälfte des vergangenen Jahrhunderts an Privatgewässern nur Stauanlagen zu Triebwerkszwecken[4]. Insbeson-

---

1) ALR II 15 §235; Mittermaier I,S.647 Fußnote 10.
2) ALR II 15 §§236ff; Mittermaier I,S.646f; Bluntschli,S.236
3) Auf deren Darstellung wird wegen ihrer zu geringen Bedeutung für das Ziel der Arbeit verzichtet.
4) An öffentlichen Gewässern auch noch Anlagen im und am Strome, ALR I 8 §§96,97; HKS II,§379,Anm.3)b),S.577.

dere kamen hier Mühlen in Betracht; nicht eingeschlossen waren Stauvorrichtungen für landwirtschaftliche Anliegen[1]. Die Pflicht bestand allerdings nicht im gesamten Untersuchungsgebiet - wenn auch in seinem größten Teil. Eine Genehmigung war erforderlich in den Geltungsbereichen von ALR[2], NBGB und BL[3], in Hessen-Darmstadt[4], Oldenburg[5], Braunschweig[6] und in Teilen Schleswig-Holsteins. Die Einzelbestimmungen für diese Genehmigungen finden sich meist in Mühlen-, aber auch Gewerbeordnungen. Die Rechtslage war dermaßen unübersichtlich und verschiedenartig, daß deshalb der wenigstens für die gewerblichen Anlagen übersicht schaffende §16 der Gewerbeordnung[7] eingeführt wurde[8].

Rechtsgrundlage für die genannten Nutzungen war das Eigentum. Umfang und Ausgestaltung der Tätigkeiten aber bestimmten sich allein nach der Genehmigung. Der durch sie gesteckte Rahmen konnte vom Benutzer nicht mehr überschritten werden, auch nicht durch den Erwerb eines besonderen Titels.

c) Der materielle nachbarrechtliche Gehalt der Eigentümernutzungsrechte

Grundlage für die Ausübung der dem Eigentümer zukommenden Tätigkeiten ist sein Eigentumsrecht an dem Grundstück, auf dem die Nutzung wahrgenommen wird. Handelt es sich dabei um den Gebrauch eines vollständig auf einem Grundstück befindlichen oberirdischen Gewässers oder eines stationären Grundwasservolumens, so ist bereits dadurch im allgemeinen ausgeschlossen, daß diese Tätig-

---

1) Baumert, S.192ff.sieht hierin zu Recht eine abzuändernde, historisch aber verständliche "Schlechterstellung" der Gewerbebetriebe.
2) ALR II 15 §§231ff.
3) Mittermaier I,S.647 Fußnote 10.
4) Hessische Mühlenordnung von 1753.
5) Gesetz vom 27.2.1814.
6) Gesetz vom 19.5.1840.
7) RGBl 1883,S.177.
8) Höinghaus, Anm.zu § 16 GewO.

keit andere Gewässerbenutzer stören kann. Anders dagegen beim Gebrauch eines Wasserlaufs; auch die Benutzung eines durch virtuelles Fließen mit anderen Grundstücken verbundenen Grundwasservorkommens wirft das Problem gegenseitiger Berührungen der Benutzer auf. Daß in diesen Fällen einerseits die Eigentümerherrschaft keine uneingeschränkte sein kann, andererseits der jeweilige Nachbar den zwar nicht auf seinem Grundstück vorgenommenen, ihn aber dennoch beeinträchtigenden Benutzungen nicht wehrlos gegenüberstehen darf, wurde auch im Untersuchungszeitraum anerkannt. Daher sind zum einen der Nutzungsfreiheit des Eigentümers Grenzen gesetzt, zum anderen dem Nachbarn Abwehr- und Schutzmittel an die Hand gegeben.

aa) Der Grundsatz der Gemeinschaft aller Gewässerbenutzer

Die inhaltlichen Einschränkungen seines Nutzungsrechts treffen den Eigentümer aus zwei Gründen: der eine folgt aus der natürlichen Eigenschaft des Wassers, die Auswirkungen einzelner Benutzungen in mehr oder weniger weiter Entfernung noch spürbar sein zu lassen. Die Tätigkeiten der Oberlieger wirken stets auf irgendeine Weise auf die der Unterlieger ein, deren Nutzungen sich wieder bei deren Unterliegern bemerkbar machen. So ergibt sich eine ununterbrochene Kette der gegenseitigen Abhängigkeit aller am Gewässer Beteiligten voneinander[1]. Zum anderen sind die Beschränkungen eine notwendige Folge der Tatsache, daß die Gewässer, so vor allem die öffentlichen, der Zweckbestimmung zu jedermanns Dienst unterliegen, sodaß die einzelnen Benutzungen auch durch ihre Vielzahl miteinander in Berührung kommen.

Diese beiden Gründe lassen alle am Gewässergebrauch Beteiligten voneinander abhängig werden und eine Gemeinschaft bilden. Eine solche Gemeinschaft zwingt zu gegenseitiger Rücksichtnahme und läßt das Gebot von der Gemein-

1) So auch Gieseke in ZfW 1962,4(19).

verträglichkeit entstehen[1], das auch im Untersuchungszeitraum anerkannt war. Es bedeutet, daß alle Benutzer, gleichgültig auf welcher Rechtsgrundlage fußend, das Maß ihrer Tätigkeiten stets mit Blick auf die anderen Berechtigten einzurichten haben und setzt daher, zumindest zum Untersuchungszeitpunkt, nicht unbedingt gleichberechtigte Tätigkeiten voraus, sondern gilt auch beispielsweise für das Verhältnis zwischen Gemeingebrauchsnutzung und Eigentümergebrauch[2].

Wie weit durch die Rücksicht auf andere Eigentümer und die Bestimmung der Gewässer für die Allgemeinheit die Nutzungsfreiheit des Eigentümers beschränkt ist, war vornehmlich im gemeinen Rechtsgebiet - mangels konkreter Vorschriften - außerordentlich bestritten. Eine extreme Meinung vertritt dabei Gesterding[3], der der Ansicht ist, das Recht des Oberliegers gehe so weit, daß er sogar die Ausübung der Nutzungsrechte durch die Unterlieger faktisch unmöglich machen könne. Diese Auffassung wird in der Literatur kaum unterstützt. Lediglich bei Holzschuher[4] findet sich noch die Ansicht, der Oberlieger dürfe dem Unterlieger jegliches Wasser entziehen, da er sich des Gewässers eben als seines Eigentums bediene. Ein derart anderes ausschließendes Nutzungsrecht wird jedoch von Emminghaus[5] für das gemeine Recht abgelehnt. Seine Ansicht wird auch in den Kodifikationen geteilt. Für das ALR erhellt das bereits I 8 §§ 99,100, die Veränderungen in der Vorflut durch den Eigentümergebrauch verbieten, wenn sie für die Unterlieger nachteilig sind[6]. Dieser Grundgedanke -

---

1) Petersen, S.74 ff.
2) Das darf den Ansichten von O.Gierke II,S.23f. oder Bluntschli,S.232f. entnommen werden; vgl. oben S.139f. A.A.für heute: Friesecke in DVBl 1960, 711(714); Sieder - Zeitler, §23 Randnr.14.
3) AcP 3,67.
4) Holzschuher, Casuistik II,S.95,Frage 2b,S.103 Antwort 2b.
5) Emminghaus, Pandekten des sächsischen Rechts, S.192.
6) Die Vorschrift gilt nur für die Privatflüsse, nicht für die anderen Privatgewässer.

jedem Eigentümer die gleichen Möglichkeiten zu sichern - findet sich auch in der überwiegenden gemeinrechtlichen Literatur wieder. Konkret werdend betont Bluntschli[1] nicht nur die Pflicht, den natürlichen Abfluß des Wassers zu erhalten, sondern auch die Aufgabe, die Oberlieger vor Schaden durch Überschwemmung und Stauung zu bewahren. Mittermaier[2] wird, in Beachtung auch des code civil und seiner Literatur, noch etwas umfassender, indem er neben der Pflicht des Eigentümers, dem Gewässer da, wo es sein Grundstück verläßt, den gewöhnlichen Lauf zu geben, vor allem die Gemeinschaft der übrigen Anrainer hervorhebt, die durch die Art der Benutzung keinen Schaden nehmen dürfen.

Daß der Grundsatz der Rückführung abgeleiteten Wassers auch in der gemeinrechtlichen Praxis allgemeine Anerkennung gefunden hatte, wird durch die Rechtsprechung bestätigt[3]. Im rheinisch-französischen Raum war diese konkrete Pflicht des Eigentümers gesetzlich ausdrücklich festgelegt (Art. 644 NBGB = Satz 644 BL). Auch ein Verbot der Schädigung durch Rückstau und Überschwemmung war ausdrücklich normiert (Art. 16 Ruralgesetz).

Eine Beschränkung in der Verfügung über das Wasser aus öffentlichen Rücksichten spricht Art. 643 NBGB (Satz 643 BL) für den Eigentümer einer Quelle aus, wenn diese einer kommunalen Wasserversorgung dient.

Wenig Sorge wurde dem Schutz des Wassers und seiner Benutzer vor Verunreinigung geschenkt. Man ging davon aus, daß die Wasserläufe naturgemäß dazu bestimmt seien, nicht nur das in der Haus- und Hofhaltung, sondern auch das in der Wirtschaft anfallende Abwasser mit allen Schadstoffen aufzunehmen und abzutransportieren. Der Unterlieger muß sich im gesamten Untersuchungsgebiet eine Qualitätsverschlechterung solange gefallen lassen, als sie das Maß

---

1) Bluntschli,S.234.
2) Mittermaier I,S.621f.
3) RGZ 8,134.

des Regelmäßigen und Gemeinüblichen nicht übersteigt[1].

bb) Die rechtliche Gestaltung der Zuflußverhältnisse

Mit der im gesamten Untersuchungsgebiet anerkannten Pflicht des Eigentümers zur Wasserrückleitung ist das Problem angesprochen, ob und wie die Interessen der jeweiligen Unterlieger am Zufluß von Wasser beachtet und ausgestaltet werden sollen. Dem Grundsatz der Gemeinschaft entsprach es, die anderen am Gewässer Beteiligten vor Schäden zu bewahren. Nachteile entstehen nicht nur durch Überschwemmungen oder Rückstau, sondern auch durch Wasserentziehung. Davon sind insbesondere Bewässerungsanlagen und Triebwerke betroffen. Der Schutz vor der Beeinträchtigung solcher auf Zufluß angewiesenen Nutzungen ist daher das Ziel der Rückleitungspflicht.

Angesichts der gezeigten allgemeinen Form dieser Verpflichtung ist der Schutz nur relativ, da lediglich statuiert ist, daß der Eigentümer abgeleitetes Wasser wieder einzuführen hat, nicht aber, in welchem Umfang das geschehen soll. Dem Sinn der Pflicht entsprechend ist die gesamte nach der Nutzung verbleibende Menge wieder zurückzuleiten. Daraus ergibt sich, daß sich das Ausmaß der Verpflichtung nach dem Gebrauch des Oberliegers, nicht nach den Bedürfnissen des Unterliegers richtet. Dieser kann zwar gegen den Nachbarn vorgehen, wenn jener dem Gebot zuwiderhandelt; möglich sind aber Fälle, wo eine Verletzung der Rückleitungspflicht nicht einmal bei vollständigem Verbrauch des Wassers gegeben ist, wenn dies der Art der Nutzung entspricht.

Dieser vor allem für Triebwerksbesitzer unbefriedigende Zustand der allgemeinen Pflicht kann dadurch abgeändert werden, daß die Richtschnur für die Wiedereinleitung das Interesse des Unterliegers ist. Ausgehend vom gleichen

---

1) RGZ 16,178 für das ALR; RGZ 16,144 für das gemeine und RGZ 53,43 für das rheinisch-französische Recht.

Recht aller Eigentümer auf den Gebrauch des Wassers kann ein derartiger besonderer Schutz vor Entziehung nur für bestimmte, empflindliche Benutzungen statuiert werden, da er zugleich eine Beschneidung der Möglichkeiten der Oberlieger enthält. Ob sich aus einer solchen Situation auch eine Beschneidung der Rechte der jeweiligen Oberlieger ergibt, ist davon abhängig, ob und wieweit es zum Inhalt des Eigentums gehört, daß die betreffende Tätigkeit auch stets in einem bestimmten Umfang ausgeübt werden kann, da ihr in diesem Umfang der Schutz des Eigentums zuteil wird. Weil jeder Ober- zugleich Unterlieger ist (bis auf den ersten), schließt dies die Frage ein, ob zum Eigentum auch ein Recht auf Zufluß gehört.

aaa) Das Recht auf Zufluß als Inhalt des Eigentums

Dienen die Pflichten des Eigentümers bei der Benutzung dem Schutz seiner Nachbarn und beschneiden ihn dabei in seinem Herrschaftsrecht, so bewirken sie umgekehrt die Gewißheit, daß auch die anderen Eigentümer verpflichtet sind, das Wasser rücksichtsvoll und zum allgemeinen Vorteil zu nutzen. Diese Pflichten sind Ausfluß der Sozialbindung des Eigentums und in ihrem Umfang von der jeweiligen Auffassung des Interesses der Allgemeinheit am Gewässer abhängig. Dadurch wird auch der Inhalt der Schutzgesetze bestimmt. Eine von diesen unabhängige Sicherung vor möglicher Wasserentziehung erhält der Eigentümer aber nur, wenn eine Verminderung der Wassermenge durch einen anderen Eigentümer nicht nur die Verletzung eines Schutzgesetzes darstellt, sondern auch in das Eigentumsrecht des Verletzten selbst eingreift.

Ein solches Recht auf Zufluß gehört dann zum Gewässereigentum, wenn die jeweils herbeiströmende Wassermenge auch in die Verfügungsgewalt des Eigentümers fällt.

Diese Macht umfaßte - was ihre räumliche Ausdehnung angeht - bei den Privatgewässern zur Untersuchungszeit das Bett in den dem jeweiligen Eigentümer zukommenden Grenzen

und das sich über diesem Gebiet befindliche Wasser[1]. Da die Verfügungsgewalt des Eigentümers auf diesen Raum beschränkt ist, die ihn beeinträchtigenden Tätigkeiten aber außerhalb dieses Bereichs geschehen und sich ihm erst infolge des Fließens mitteilen, kann ihm bei dieser Betrachtung ein Recht auf Zufluß nicht zugestanden werden.

Von der heutigen neueren Rechtsprechung und Literatur[2] wird dieser Anspruch auf Regeneration der unablässig verschwindenden Wassersäule hingegen zugebilligt, hauptsächlich mit der Begründung, er müsse logischerweise aus der Anerkennung der umfassenden Sachherrschaft über das Gewässer folgen; da der Verfassungsschutz des Eigentums nicht überall dort Lücken aufweisen könne, wo es mit dem Wasser in Berührung kommt. Auch auf die Erforderlichkeit aus wirtschaftlichen Gründen wird hingewiesen, da große Investitionen der Benutzer nur vertretbar sind, wenn die Anlagen ihren gesicherten Anteil am Wasseraufkommen haben[3]. Allerdings unterliegt auch das solchermaßen zugebilligte Recht auf Zufluß Beschränkungen, die mit dem noch heute gebrauchten Begriff der Gemeinschaft aller am Gewässer Beteiligten und dem daraus folgenden ihre Rechte relativierenden Prinzip der Gemeinverträglichkeit begründet werden. Auch dem geschützten Eigentümer ist daher eine Duldungspflicht auferlegt, kraft deren er die erlaubte Wassernutzung des Nachbarn und die von dieser auf sein Gewässereigentum einwirkende Benachteiligung hinnehmen muß, solange sie nur geringfügig ist und den Bestand seiner eigenen Gewässerbenutzung nicht ernsthaft gefährdet.

Diese Ansicht steht der seit langer Zeit in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des BGH[4] wie auch in der

---

1) Oben S.129 ff.
2) Salzwedel in Kongreßvorträge, S.133(138); BVerwG in MDR 1971,163 (Urteil vom 11.11.1970).
3) Salzwedel in Kongreßvorträge, S.133(138).
4) RG Urteil vom 13.7.1909,S.493 Nr.16; RG Urteil vom 22.

Literatur[1] vorherrschenden Meinung entgegen, das Eigentum am Wasser beinhalte kein Recht auf Zufluß, da sich die Eingriffe des Oberliegers weder gegen die jeweils gerade dem Unterlieger gehörende Wassersäule noch gegen die geschützten spezifischen Erscheinungsformen eines Gewerbebetriebes richten.

Die Problematik ist nur des Überblicks wegen angerissen worden und hier nicht weiter zu erörtern, da für den Untersuchungszeitraum ein derartiges Recht verneint werden muß. Das ist - negativ - bereits aus der Tatsache zu ersehen, daß die Frage des Anspruchs auf Zufluß als Inhalt des Eigentums im Untersuchungszeitraum nicht erörtert wird. Selbst die Verfechter des uneingeschränkten Nutzungsrechts[2] gestehen dieses dem Eigentümer nur an dem Wasser zu, das sich jeweils gerade im Bereich seiner räumlich abgegrenzten Verfügungsgewalt befindet. Der Verneinung des Rechts auf Zufluß als Inhalt des Eigentums entspricht es auch, daß in Literatur und Rechtsprechung[3] ausdrücklich dem Eigentümer der Erwerb eines Titels freigestellt wird, vermöge dessen er berechtigt ist, für seine Art der Nutzung eine größere Menge Wassers abzuziehen oder deren Verbrauch durch den Oberlieger untersagen zu können. Der Anspruch auf Zufluß steht dem Berechtigten dann aufgrund eines besonderen Titels zu und folgt nicht aus dem gesetzlichen Eigentumsrecht. Der Unterschied ist insofern bedeutsam, als spätere Normen die besonders titulierten Nutzungsrechte in der Regel aufrechterhalten, nicht aber die sich unmittelbar aus dem Gesetz ergebenden.

1.1940 in DR 1940,S.723; BGHZ 29,65(75); BGH in NJW 1968,S.1279.

1) Gieseke - Wiedemann §2 Anm.8; Schröder, Kolloquien über Fragen des Rechts der Wasserwirtschaft,147. Kolloquium am 8.6.1971.

2) Gesterding, Holzschuher, Emminghaus.

3) Dernburg I,S.626; Str. A 22,178.

bbb) Der allgemeine und der besondere Schutz vor Wasserentziehung

Der Ablehnung eines dem Eigentum innewohnenden Zuflußrechts entspricht die breite Beachtung, die Kodifikationen wie Literatur der Ausgestaltung des Schutzes vor Wasserentziehung widmen.

Der Unterscheidung Salzwedels[1] zwischen selbständigem und komplementärem Nachbarrecht folgend ist daher festzuhalten, daß sich die Rechte der Eigentümer im Zusammenhang mit den Zuflußverhältnissen nur aus dem komplementären ergeben. Unter diesem werden die durch das Wasserrecht begründeten Rechtsbeziehungen verstanden, während das selbständige Nachbarrecht die außerhalb der Wassergesetze stehenden und diesen bereits vorgegebenen Verhältnisse ausmachen. Diese Unterscheidung ist für den Untersuchungszeitraum angesichts des Fehlens wasserrechtlicher Spezialgesetze nur analog für die Einzelbestimmungen verwendbar; es läßt sich aber erkennen, daß die spätere Trennung auch hier im Prinzip bereits vorhanden ist.

Bei dem Schutz vor Wasserentziehung ist zwischen einem allgemeinen und einem besonderen zu trennen, die sich dadurch unterscheiden, daß letzterer nur von bestimmten Benutzern beansprucht werden kann und ihre Tätigkeiten den Umfang der Rückleitungspflicht des Oberliegers festsetzen. Die Zweiteilung ist nicht erst im Untersuchungszeitraum aufgekommen, sondern liegt weiter zurück und hat ihren Ursprung - wie die Genehmigung - im Mühlenrecht. Die Regalität dieser Art der Nutzung - gemeinrechtlich bestritten, partikularrechtlich dagegen anerkannt - bestand nicht nur an schiffbaren und beständig fließenden Gewässern, sondern landesrechtlich zum Teil auch an allen Wasserläufen[2]. Obgleich die Ansichten gewechselt haben,

---

1) Salzwedel in Kongreßvorträge, S.133(134).
2) Näheres bei HKS I,Anm.B zu §42,S.286; siehe auch oben S. 151 ff.

wurden die Mühlen in der Regel in ihrem Wasserzufluß geschützt. Das hat sich bis zum Untersuchungszeitraum erhalten.

Im ALR sind es die Vorschriften von II 15 §§238, 246, die zum einen besagen, daß ein neuer Mühlenbau unzulässig ist, wenn dadurch einer schon vorhandenen Mühle das für ihren Betrieb erforderliche Wasser entzogen oder ein ihr nachteiliger Rückstau verursacht wird, und die zum anderen den Nachbarn, das heißt allen oberhalb liegenden Gewässereigentümern verbieten, einer bestehenden Mühle das betriebsnötige Wasser, das durch sein Grundstück fließt, zu entziehen. Dabei braucht sich der Betrieb der Mühle nicht auf Rechtsgründe zu stützen[1], ausreichend ist die Tatsache der Benutzung.

Wie allerdings der Begriff des "zum Betrieb erforderlichen Wassers" zu verstehen ist, sagt das ALR nicht. Für die Auslegung ist zunächst einmal die Tatsache ausschlaggebend, daß der Zufluß des Wassers ein hauptsächlich von der Natur bestimmter Vorgang ist; demgemäß betreffen die genannten Vorschriften des ALR auch nur die menschlichen Einwirkungsmöglichkeiten in diesen Ablauf. Somit wird gesagt, daß der einzelne Müller einen Anspruch auf die von der Natur jeweils gerade zur Verfügung gestellte Menge Wassers hat, soweit er sie für seinen Betrieb braucht. Reicht allerdings das Dargebot nicht aus, so greift zur Anpassung an diesen Zustand - vor allem im Verhältnis zu anderen gleichermaßen Berechtigten - die Rechtsprechung den Grundsatz von der Gemeinschaft aller Benutzer am Gewässer auf und folgert aus der daraus entspringenden gegenseitigen Rücksichtnahme, kein Müller könne verlangen, daß bei Wassermangel für seine Nutzung ihm die gleiche Menge Wassers zur Verfügung steht wie den Nachbarmüllern; er ist nur berechtigt, seine Anlagen im gleichen Grad

---

1) Str.A.19,264.

auslasten zu können wie die anderen. Daher sind stets Art und Größe der Nutzung zu beachten, wie z.B. die Zahl der Mühlgänge oder der Durchmesser der Wasserentnahmeleitung[1].

Im rheinisch-französischen Raum ist ein diesem vergleichbarer besonderer Schutz vor Wasserentziehung nicht ersichtlich, und auch im gemeinen Rechtsgebiet war, von partikularen Ausnahmen abgesehen, die Ansicht vorherrschend, daß auch eine Mühle sich auf die Ausnutzung des jeweils gerade vorüberfließenden Wassers beschränken mußte[2]. Im gesamten Untersuchungszeitraum konnte der Müller, aber auch jeder andere Benutzer, einen besonderen Titel auf eine bestimmte Zuflußmenge erwerben - auch im ALR zusätzlich zu seinem Schutzrecht.

Der allgemeine Schutz vor Wasserentziehung, der jedem Benutzer gleichermaßen zustand, war dagegen im gesamten Untersuchungsgebiet - wie schon erwähnt - anerkannt. Er wurde erzielt durch die Pflicht der Eigentümer zur Rückleitung des Wassers. Die einseitige Bestimmung des Umfangs der Wiedereinleitung allein nach der Nutzung des jeweiligen Oberliegers wurde modifiziert durch den Grundsatz der Gemeinschaft. Das bedeutete, daß der Oberlieger seinen Gebrauch so gestalten mußte, daß dieser seine Nachbarn nicht in ihren Interessen beeinträchtigte; entsprechend war er als Unterlieger auch berechtigt, zu fordern, daß ihm das für eine gehörige Wahrnehmung seiner Nutzung benötigte Wasser zur Verfügung stand[3]. Im Falle von Wassermangel beschränkte sich dieser Anspruch nach Meinung der Rechtsprechung[4] gegenüber den anderen Eigentümern wieder nur auf das Recht, den gleichen Grad der Auslastung seiner Nutzung verlangen zu können, wohingegen in der Literatur[5] die Ansicht vertreten wurde,

---

1) Oberappellationsgericht Dresden in Seuffert II 9; Oberappellationsgericht Jena in Seuffert II 144.
2) Seuff.Arch.31 Nr.107; 33 Nr.2.
3) Dernburg I,S.625,Fußnoten 5,6.
4) Oberappellationsgericht Jena in Seuffert II 144.
5) Emminghaus, Pandekten d.sächs. Rechts, S.194 n.17.

der Unterlieger habe - falls ihm nicht besondere Titel zu Gebote ständen - regelmäßig und auch auf die Gefahr eines Schadens hin zu dulden, daß der Oberlieger erst das für die übliche Auslastung seiner Nutzung benötigte Wasser entzieht.

d) Möglichkeiten der Erweiterung der Eigentümernutzungsrechte

Die Beschränkungen, denen der Eigentümergebrauch unterliegt, bestehen nicht im öffentlichen Interesse, sondern zum Wohl der Gemeinschaft aller am Gewässer Beteiligten[1]. Sie sind deshalb auch deren Willkür unterworfen. Aus diesem Grunde wird im gesamten Untersuchungsgebiet die Möglichkeit bejaht, daß ein Eigentümer ein diesen Beschränkungen entgegenstehendes und sie ganz oder teilweise ausschließendes Recht erwerben kann[2]. Hierunter fällt vor allem die oben angedeutete Möglichkeit, ein Recht auf Zufluß zu erwerben.

aa) Der Erwerb eines besonderen Titels

Der Erwerb eines solchen oder anderen Rechts ist auf verschiedene Weise möglich: am gebräuchlichsten ist die vertragliche Begründung einer Grunddienstbarkeit oder einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit, derzufolge der Berechtigte dem verpflichteten Ufereigentümer gegenüber seine Nutzung in erweitertem Maße ausüben kann. Eine Eintragung solcher Rechte wird im gesamten Untersuchungsgebiet nicht verlangt.

Im Geltungsbereich des ALR war zur Errichtung einer Dienstbarkeit ein schriftlicher Vertrag erforderlich und genügend[3]. Vor allem die Rechtsprechung[4] billigte auch einer lediglich mündlich vorgenommenen Bestellung nach

---

1) Str.A.95,321(326).
2) Mittermaier I,S.622; Str.A.95,321(326); RGZ 4,282(284).
3) ALR I 22 §13; I 5 §135.
4) Ob.Tr. 40,22 (= Str.A.31,298); 51,53; 72,150(151); Str.A.78,206; 90,312; 98,125.

Erfüllung der Verpflichtungen insoweit Rechtswirksamkeit zu, als eine Auflösung dieser Vereinbarungen nur durch die Vertragschließenden selbst, ihre Gesamtrechtsnachfolger oder besonders dazu Berechtigte möglich war.

Ein schriftlicher Vertrag wurde auch im rheinisch-französischen Rechtsgebiet gefordert[1], in dem zusätzlich zwischen fortwährenden offenkundigen und nicht fortwährenden, aber offenkundigen Grunddienstbarkeiten unterschieden wurde; bei den letzteren war für den Fall des Fehlens eines Vertrages zur Heilung dieses Mangels das Anerkenntnis des Eigentümers des belasteten Grundstücks ausreichend[2].

Im größten Teil des gemeinrechtlichen Bereiches genügte bereits ein formloser Vertrag für die Bestellung einer Dienstbarkeit[3], nur in Kurhessen wurde für die dingliche Wirksamkeit Anzeige bei Gericht und die Bestätigung der Dienstbarkeit verlangt[4].

Allen Rechtsgebieten gleichermaßen bekannt war die stillschweigende Bestellung von Grunddienstbarkeiten, die dann möglich war, wenn bei zwei in einer Hand befindlichen Grundstücken das eine zugunsten des anderen in einer für dieses wesentlichen Weise benutzt worden war und bei Beendigung des gemeinschaftlichen Eigentumsverhältnisses ein Bedürfnis für die Fortsetzung dieses Gebrauchs bestand[5].

bb) Vermutungen für den Erwerb eines besonderen Titels

Von diesen besonderen Titeln sind die Rechtsinstitute der Ersitzung und der unvordenklichen Verjährung zu unterscheiden, da sie nur eine Vermutung für den Erwerb eines Benutzungsrechts, bzw. seiner Erweiterung begründen.

---

1) Art.690 NBGB; Satz 690 BL.
2) Art.695 NBGB; Satz 695 BL.
3) Wüsthoff, Handbuch 1,Nr.7Aa,S.600.
4) Endemann, S.69.
5) HKSII,§379,Anm.8,S.600; Rehbein - Reincke II,Anm.16 zu ALR I 22 §13; Art.693 NBGB; Satz 693 BL.

Beide Rechtsinstitute sind nicht im gesamten Untersuchungsgebiet gleichermaßen gebräuchlich gewesen.

Im Geltungsbereich des ALR war nur die Ersitzung - meist (erwerbende) Verjährung genannt -, nicht aber die unvordenkliche Verjährung bekannt. Im rheinisch-französischen Raum war letztere ebenfalls nicht anerkannt; die Ersitzung war nur an Privatgewässern (vornehmlich den Quellen und Kanälen) und auch hier nur für fortwährende und offenkundige Grunddienstbarkeiten zugelassen (Artt.690ff. NBGB; Sätze 690ff. BL.). Im Gebiet des gemeinen Rechts schließlich kamen für die Ersitzung zwar ebenfalls nur Rechte an Privatgewässern in Betracht, die unvordenkliche Verjährung aber galt generell[1].

Alle Rechte stellten jedoch an beide Institute die gleichen Voraussetzungen.

Für die Ersitzung war ein ununterbrochener, fehlerloser Besitzstand und die widerspruchslose willentliche Ausübung des Rechts während der ganzen Ersitzungszeit durch den Berechtigten erforderlich; ausgeübt werden mußte ein eigenes dingliches Recht[2]. Das gemeine Recht und das ALR verlangten dabei Gutgläubigkeit seitens des Benutzers, im Gegensatz zum rheinischen und badischen Recht[3] und dem in Schleswig geltenden jütischen Low. In seinem Umfang richtete sich das ersessene Recht nach dem des Besitzstandes während der Ersitzungszeit. Diese betrug grundsätzlich 30 Jahre[4]; im Gebiet des gemeinen Rechts 10 Jahre inter praesentes, bzw. 20 Jahre inter absentes[5]. Im Gebiet des ALR

---

1) Vgl. HKS II,§379 Anm.9,S.600ff.; Wüsthoff, Handbuch 1, Nr.7Aa,S.602ff.; Larenz in NJW 1955,1786 und die hier allerdings nicht ganz abschließenden Ausführungen von Koehler, S.145f.
2) Vgl.z.B.ALR I 22 §14; HKS II §379 Anm.9a,S.601; Wüsthoff, Handbuch 1,Nr.7Aa,S.602; Koehler,S.146.
3) Art.2262 NBGB; Satz 2262 BL.
4) z.B. ALR I 9 §625.
5) Je nachdem, ob die Eigentümer des berechtigten oder belasteten Grundstückes in derselben Provinz (später OLG-Bezirk) wohnten.

mußte sie spätestens im Jahre 1820 begonnen haben, denn nach § 164 der Gemeinheitsteilungsordnung vom 7.6.1821[1] war nur noch ein beschränkter und auf schriftlichem Vertrag beruhender Erwerb möglich, und Art. 12 des Gesetzes betreffend die Ergänzung und Abänderung der Gemeinheitsteilungsordnung etc. vom 2.3.1850[2] schloß die erwerbende Verjährung, also die Ersitzung, von Grundgerechtigkeiten vollends aus. Die Gemeinheitsteilungsordnung vom 7.6. 1821 war auch eine der Grundlagen für den Abschluß von Rezessen[3], durch die im Zuge der Neuordnung gutsherrlicher Eigentums- und Unterhaltungsverhältnisse am Wasser sowie der Durchführung von Gemeinheitsteilungen und Umlegungen auch Dienstbarkeiten der besprochenen Art abgelöst werden konnten[4].

Die Ersitzung eines die Beschränkungen beseitigenden Rechts befugte den Eigentümer allerdings nie, aufgrund seiner Nutzung auch auf die Landgrundstücke der benachbarten Gewässereigentümer einzuwirken; z.B. gab die Ersitzung eines Rückstaurechts eine Berechtigung zur Aufstauung über die Grenze des eigenen Grundstücks hinaus nur auf das Wassergebiet des Oberliegers[5]. Nicht zulässig war die Ersitzung gegenüber einem ausdrücklichen Verbotsgesetz; hierunter konnten auch Verordnungen fallen[6].

Für die unvordenkliche Verjährung war anerkannt[7], daß sie nicht rechtsbegründend wirkte, sondern nur die widerlegbare Vermutung erzeugte, einem seit Menschengedenken anscheinend rechtmäßig bestehenden rechtlichen Zustand liege eine rechtswirksame Begründung in der Vergangenheit zugrunde. Die unvordenkliche Verjährung ist also kein Erwerbsgrund und daher selbst auch kein besonderer Titel,

---

1) GS.,S.53.
2) GS.,S.139.
3) Oben, S.134.
4) Wüsthoff Handbuch 1,Nr.7Aa,Anm.5e zu §379 prWG 1913,S.604.
5) Ob.Tr. 77,283(290); RGZ 4,282.
6) HKS II,§379,Anm.9a,S.601.
7) Larenz in NJW 1955,S.1786f.; HKS II,§379,Anm.9)c),S.603f.

sondern sie wirkt nur an seiner Stelle[1]. Sie rechtfertigt den Schluß auf eine rechtmäßige Begründung des bestehenden Zustandes, nicht aber auf das Vorhandensein eines bestimmten Titels, es sei denn, für eine bestimmte Nutzungsart kam nur ein ganz bestimmter Titel als Entstehungsgrund in Betracht, was für die hier besprochenen Vorgänge jedoch nirgends der Fall war.

e) Der Schutz der nachbarlichen Verhältnisse

Der materielle nachbarrechtliche Gehalt der Eigentümernutzungsrechte und die Verfahrensvorschriften vermögen zwar theoretisch eine Harmonie im Benutzungssystem zu schaffen und zu erhalten, in der Praxis aber sind Kollisionen zwischen den am Gewässer Beteiligten unvermeidlich. Diese Berührungen können sich bei der Neuaufnahme von Benutzungen ergeben, sie können aber auch durch bereits ausgeübte Tätigkeiten hervorgerufen werden, sei es, daß sich die natürlichen Gegebenheiten des Gewässers ändern, sei es, daß die Benutzung unter Mißachtung ihres zulässigen Umfangs ausgeübt wird. Dabei können die Privatrechte der Beteiligten wie die öffentlichen Interessen beeinträchtigt werden. Die Vielzahl möglicher Störungen geht mit der Menge der Benutzungen Hand in Hand.

Die heute zur Abwehr von Verletzungen privater Rechte wie zum Schutz öffentlicher Interessen gegebenen Möglichkeiten waren im Untersuchungszeitraum kaum in Ansätzen ausgeprägt. Ein Grund dafür wird die noch nicht so intensive Nutzung der Gewässer gewesen sein, die Störungen nicht so häufig und weitreichend auftreten ließ. Die noch nicht vollzogene Trennung zwischen öffentlichem und privatem Recht spielt ebenso eine Rolle wie die Tatsache, daß die hier behandelten Benutzungen auf dem Eigentum oder privaten Rechten beruhen. Dem kleinen Kreis sachlicher Zuständigkeit des Staates zur Wahrung öffentlicher Belange vor der Ausübung von Nutzungen an Privatgewässern entsprach

1) Ob.Tr.in Seuff.Arch.31 Nr.12.

das Fehlen von Aufsichtsfunktionen.

Daher blieb es den einzelnen Benutzern selbst überlassen, von den Nutzungen anderer ausgehende Beeinträchtigungen abzuwehren. Zu diesen Zwecken war ihnen der Weg zu den Zivilgerichten eröffnet. Stützen konnten sie ihre Ansprüche sowohl auf allgemeine Vorschriften der Kodifikationen und auf ihr Eigentum - soweit es nicht durch das Wasserrecht eingeschränkt war - wie auch auf die Schutzvorschriften, aufgrund deren sie von anderen Benutzern ein bestimmtes Verhalten fordern konnten.

Für den Rechtsschutz ließen sich zwei Zweige unterscheiden: das Widerspruchs- und das Ausgleichungsrecht.

Das Widerspruchsrecht kam in Betracht, wenn ein am Gewässer Beteiligter seine gesetzlichen Verpflichtungen zum Nachteil eines anderen Gewässerbenutzers verletzte oder mit gleicher Wirkung den allgemeinen Grundsätzen zuwiderhandelte. Von dem Recht konnte stets der Eigentümer Gebrauch machen, der durch die rechtswidrige Durchbrechung der Beschränkungen in seinen Nutzungen beeinträchtigt wurde.

Das war beispielsweise gegeben, wenn der Wasserlauf nicht, bevor er das Grundstück des Oberliegers verläßt, von diesem wieder in sein ursprüngliches Bett zurückgeführt wurde[1]. Ein weiterer, in der Praxis offenbar häufiger Anlaß zum Widerspruch war die nachteilige Veränderung der Strömungsverhältnisse durch die Anlage von Maschinen und Bauwerken oder das Einkarren von Erde[2]. Voraussetzung war dabei allerdings zu dieser Zeit vor Erlaß des preußischen Privatflußgesetzes vom 28.2.1843 der Nachweis eines Nachteils[3]. Auch eine Einleitung von Flüssigkeiten, die - gleich aus welchem Grunde - die Wasserqualität über

1) Ob.Tr.60,30(33); der Entscheidung liegt zwar bereits das preußische Privatflußgesetz vom 28.2.1843 zugrunde, jedoch berührt das diesen Grundgedanken nicht.
2) Dernburg I,S.619; Mittermaier I,S.622.
3) Siehe ALR I 8 §99; Ob.Tr.77,283(294); Str.A.49,56.

ein gemeinübliches Maß hinaus nachteilig beeinflußte, befugte zur Geltendmachung des Widerspruchsrechts[1].

Von solchem Recht und Entschädigungsanspruch anderer konnte sich der Eigentümer durch ein Aufgebotsverfahren, das die sich nicht Meldenden ausschloß, Kenntnis verschaffen.

Das Recht, Ausgleich verlangen zu können, bestand ebenfalls im gesamten Untersuchungsgebiet. Es kam in Betracht, wenn trotz rechtmäßiger Nutzungen ein Interessenwiderstreit zwischen zwei oder mehreren Gewässereigentümern entstand[2].

Ein solcher Interessenwiderstreit lag meist dann vor, wenn der Grundsatz der Gemeinschaftlichkeit versagte, will man aus ihm nur ein Recht auf - wenn auch rücksichtsvollen - Gebrauch des Wassers herleiten und dies immer allen Benutzern unterschiedslos gleich stark zubilligen. Häufigster Fall war der, daß der vorhandene Wasserschatz für die gleichzeitige Ausübung von zwei Nutzungen, z.B. infolge Veränderung des Wasserdargebots nicht mehr ausreichte. Bei der Herbeiführung einer ausgleichenden Entscheidung hatten die Gerichte auf Rechtstitel sowie auf die Schutzvorschriften der einzelnen Gebrauchsrechte und deren Ausgestaltung zu achten.

f) Der Gebrauch des Grundwassers

Die unterirdischen Wasservorkommen, überall den Privatgewässern zugerechnet, können vom Grundstückseigentümer hauptsächlich auf dreierlei Weise genutzt werden: durch Zutagefördern des Wassers, durch Absenken seines Spiegels und durch Einleiten von Stoffen. Diese Tätigkeiten beruhen überall unmittelbar auf dem Eigentum. Beschränkungen ergeben die allgemeinen Vorschriften, wie ALR I 8 §§ 26ff. oder Art. 552ff. NBGB (Sätze 552ff. BL), aber auch besondere Rechte Dritter. So kann die Förderung des Grundwas-

---

1) Dernburg I,S.621; Bluntschli, S.234.
2) Art.645 NBGB = Satz 645 BL; Mittermaier I,S.622.

sers dem Eigentümer des Bodens durch Vertrag mit einem Nachbarn verwehrt sein, auf dessen Grundstück eine von der betreffenden Wasserader gespeiste Quelle entspringt. Ein solches Untersagungsrecht kann der Quelleneigentümer auch in Form einer Dienstbarkeit durch Verjährung erworben haben[1]. Ohne derartige entgegenstehende Rechte aber darf der Grundeigentümer durch Anbohren einer Wasserader durchaus einer Quelle den Zufluß entziehen. Auffällig ist bei dieser Berechtigung, daß im Zusammenhang mit dem Grundwasser nicht wie bei den oberirdischen Gewässern die Gemeinschaft aller Benutzer erkannt und entsprechend dem Grundsatz der Gemeinverträglichkeit beachtet wird.

Für die rechtliche Behandlung des Senkens des Grundwasserspiegels finden sich Vorschriften oder Anhaltspunkte zu dieser Zeit noch nicht. Das gleiche gilt für das Einleiten von Stoffen in das Grundwasser. Der Grund dürfte in den damals noch geringen technischen Möglichkeiten wie in der Ungefährlichkeit des Gebrauchs für die Qualität des Wasserschatzes liegen. Auch diese Nutzungen werden sich aber nach den allgemeinen Grundsätzen des Eigentümergebrauchs unterirdischen Wassers zu richten gehabt haben.

2) Der Anliegergebrauch

Da dem Anlieger das Gewässer, an das sein Grundstück grenzt und das er benutzt, nicht gehört, kann Grundlage für seine Nutzungen nicht das Eigentumsrecht sein. Wenn der Anliegergebrauch heute dennoch im systematischen Zusammenhang mit den Eigentümerbenutzungen geregelt ist[2], so vor allem deshalb, weil er von seinem Umfang her wie die letzteren definiert wird. Die gestattungsfreie Zulassung des Anliegers zum Gewässergebrauch beruht heute auf

1) Mittermaier I,S.623.
2) §24 II WHG und Landesgesetze wie bei Gieseke - Wiedemann, §24 Randnr.7 nachgewiesen.

dem Gedanken, ihm einen Ausgleich für die Risiken und Sonderbelastungen, die er als Ufereigentümer trägt, zu gewähren[1]. Insoweit enthält der Anliegergebrauch eine privatrechtliche Komponente, wenngleich er seinem äußeren Erscheinungsbild nach eher dem öffentlichen Recht zugeordnet werden muß. Ob und inwieweit es dabei berechtigt ist, ihn in Anlehnung an das Wegerecht als eine Art erweiterten Gemeingebrauch zu bezeichnen, bedarf hier keiner näheren Erörterung[2].

Diese Gedanken waren zu Beginn des vergangenen Jahrhunderts noch unbekannt, der Begriff des Anliegers in der heutigen - hier verwendeten - Definition ungebräuchlich.

Denkbar ist der Anliegergebrauch an privaten wie öffentlichen Gewässern. Die Benutzung eines nicht öffentlichen Wassers setzte jedoch im Untersuchungszeitraum stets eine besondere Rechtsgrundlage zwischen Gewässer- und Ufereigentümer voraus. Auch an den öffentlichen Gewässern gab die Stellung als Anlieger allein zu dieser Zeit, von gemeinrechtlichen Ausnahmen abgesehen, kein Recht auf Wassergebrauch[3].

Eine Ausnahme von diesem Fahlen des Anliegergebrauchs macht das rheinisch-badische Rechtsgebiet, in dem wegen des großen Umfangs der öffentlichen Gewässer[4] ein Eigentümergebrauch in der beschriebenen Form unbekannt ist. Kernvorschrift ist Art. 644 NBGB (Satz 644 BL), der für alle nicht von Art. 538 NBGB (Satz 538 BL) erfaßten, also für alle nicht schiff- und flößbaren öffentlichen Wasserläufe gilt.

Der zweite Satz dieser Vorschrift räumt den Eigentümern, deren Grundstück von einem solchen Wasserlauf durchflossen wird, jegliche Art der Benutzung ein, vorausgesetzt,

---

1) Zimniok, §24 Anm.4)a).
2) Vgl. dazu Hundertmark, S.31 und Koehler, S.117f.
3) Mittermaier I,S.617.
4) Oben, S.104 ff.

sie geben dem Gewässer bei Verlassen des Grundstücks den natürlichen Lauf wieder. Mit dieser Regelung erlangen die Anlieger hier eine gleiche Stellung wie sie in den anderen Rechtsgebieten den Eigentümern zukommt. Da es im allgemeinen nur kleine Wasserläufe, Bäche, sind, die zu beiden Seiten denselben Ufereigentümer - hier also denselben Anlieger, in den anderen Rechten ein und denselben Gewässereigentümer auf ganzer Breite - haben, besteht nach dem äußeren Erscheinungsbild der Benutzungen an diesen Gewässern im ganzen Untersuchungsgebiet kein Unterschied.

Anders dagegen verhält es sich bei den nicht schiff- und flößbaren Wasserläufen mit verschiedenen Anliegern auf beiden Ufern. Satz 1 in Art. 644 NBGB (Satz 644 BL) gesteht diesen an ihnen nur den Gebrauch zur Grundstücksbewässerung zu; das ist ausschließlich gemeint[1] und steht in deutlichem Gegensatz zu den Nutzungsmöglichkeiten der Eigentümer in den anderen Rechtsgebieten, vornehmlich dem des ALR. Die Vorschrift beschränkt sich ausdrücklich auf fließendes Wasser. Nach ihrer Terminologie sind die künstlichen Kanäle davon nicht umfaßt[2]. An diesen - soweit sie nicht im Interesse der allgemeinen Schiffahrt errichtet worden sind[3] - wie an allen anderen privaten Gewässern ist daher auch in diesem Rechtsgebiet der Eigentümergebrauch nach den beschriebenen Grundsätzen zulässig.

III: Über den Gemein- und Anliegergebrauch hinausgehende Benutzungen fremder Gewässer

Mit den Benutzungen durch die Eigentümer erschöpft sich der Gebrauch der eigenen Gewässer. Die aufgrund des Gemeingebrauchs Tätigen nehmen ein ihnen fremdes Wasserstück in Anspruch. Das gleiche gilt für die Anlieger. Die

1) Ruef, Anm. zu Satz 644.
2) Ruef, Anm. zu Satz 644.
3) Mittermaier I, S.618.

Nutzungsmöglichkeiten der letzteren unterscheiden sich jedoch durch die andere Rechtsgrundlage und den größeren Umfang vom Gemeingebrauch, wenngleich dieser Umfang im Untersuchungszeitraum noch hinter den Berechtigungen der Eigentümer zurücksteht. Mit Gemein- und Anliegergebrauch erschöpft sich die gestattungsfreie Inanspruchnahme fremder Gewässer. Darüberhinausgehende Tätigkeiten bedürfen stets einer besonders eingeräumten Rechtsgrundlage.

1) Das Verhältnis dieser Tätigkeiten zum Kreis der heutigen Sondernutzungen

Diese Unterfangen als Sondernutzungen zu bezeichnen, wäre hier allerdings irreführend, denn mit diesem Ausdruck werden heute die aufgrund einer Gebrauchserlaubnis oder Nutzungsverleihung (Bewilligung) zulässigen Tätigkeiten an den dem öffentlichen Sachenrecht unterworfenen Gewässern gekennzeichnet. Der Begriff gehört daher zum heutigen System der Nutzungsordnung, die alle Gebrauchsarten an allen Gewässern gleichmäßig dem öffentlichen Recht unterstellt[1]. Das ist im Untersuchungszeitraum noch nicht der Fall gewesen. Die besondere Gestattung durch den Staat als Rechtsgrundlage einer Gebrauchsart kam nur bei den öffentlichen Gewässern in Betracht, nicht jedoch bei den privaten. Gemeingebrauchsüberschreitende Tätigkeiten Fremder waren hier eine Sache vertraglicher Vereinbarung mit den Eigentümern. Diese Nutzungen könnten dann an dieser Stelle definitionsgemäß nicht unter dem Begriff der Sondernutzungen behandelt werden, obgleich sie heute in der Regel dazu gehören.

Die Instrumente, mit denen der Staat heute kraft öffentlichen Rechts die Benutzung aller Gewässer regelt, sind Gemeingebrauch, Gebrauchserlaubnis und Bewilligung. Damit hat sich die jetzige Wassergesetzgebung dem erstmals von

---

1) Gieseke - Wiedemann, §2 WHG, Anm.1).

O. Mayer gebrachten Dreiteilungssystem angeschlossen[1]. Zwar ähnelte die Ordnung öffentlich rechtlicher Gestattung von Benutzungen auch vorher schon diesem System, jedoch entsprachen die einzelnen Grundlagen in ihrer Rechtsnatur nicht immer den heutigen, ihre Zahl war größer und zudem betrafen sie nur die öffentlichen, und damit nur einen Teil der Gewässer.

Die heutige Nutzungsordnung ist als Darstellungsrichtlinie daher ungeeignet. In Betracht kommt nur ein Kennzeichen, das bei allen damals wie heute möglichen Rechtsgrundlagen zu finden ist und die Zeiträume unverändert überdauert hat. Ein solches ist die Tatsache, daß manche Berechtigungen jedermann gegenüber, manche nur zwischen den Partnern wirksam sind.

2) Jedermann gegenüber wirksame Rechtsgrundlagen

Derartige, jedermann gegenüber wirksame Rechtsgrundlagen kann nur der Staat kraft seiner Hoheitsgewalt an den seiner Herrschaft unterstellten Gewässern einräumen. Hierzu gehören grundsätzlich nur die öffentlichen Gewässer.

a) Das Verhältnis zwischen staatlicher Gewährung und privatem Eigentum

Diese Gewässer stehen - von ganz wenigen auf Überkommenen Rechten beruhenden Ausnahmen abgesehen[2] - im Untersuchungszeitraum entweder im Eigentum des Staates oder sind herrenlos. Das Problem des Dualismus zwischen staatlicher Gewährung und privatem Eigentum[3], die Frage also, ob und inwieweit der Eigentümer bei der staatlichen Zulassung von gemeingebrauchsüberschreitenden Benutzungen mitzuwirken hat, wird daher in der Literatur dieser Zeit noch nicht erörtert. Ebenso wird noch nicht das heute

1) O.Mayer, Dt.Verw.R. II,S.137.
2) Oben, S.136.
3) Hundertmark, S.39ff.

unter dem Begriff der Duldungspflicht[1] gefaßte Problem diskutiert, ob und inwieweit der Eigentümer verpflichtet ist, eine staatlich gewährte Benutzung seines Gewässers hinzunehmen. Es ergab sich erst mit der Unterwerfung aller, auch der privaten Gewässer, unter das öffentliche Sachenrecht, obgleich es sich bereits bei den Wassern im Eigentum der öffentlichen Hand gleichermaßen stellt[2].

Da die Beziehungen des Nutzungsberechtigten zum Eigentümer des Gewässers nichts über die Rechtsnatur seines Gebrauchs aussagen[3], wird dieser Frage hier und im folgenden nicht weiter nachgegangen werden. Für Umfang und Ausgestaltung der Nutzungsmöglichkeit im einzelnen, für die Art also, wie sie möglicherweise noch heute wahrgenommen werden darf, ist vielmehr die Natur der Rechtsgrundlage entscheidend. Dabei kommt es vor allem darauf an, ob dem Betreffenden eine - den subjektiv-öffentlichen Rechten entsprechende Position gewährt oder nur eine mindere Stellung eingeräumt wird.

b) Subjektiv-öffentlichen Rechten entsprechende Positionen

Unter der Gewährung eines subjektiv-öffentlichen Rechts verstand O. Mayer[4], daß dem Berechtigten ein bestimmtes Stück staatlicher Verwaltung übergeben wird, um es zu behaupten, wahrzunehmen und darin zugleich einen eigenen Vorteil zu finden. Ähnlich ist die heute gebräuchliche Definition, die darunter das Verhalten eines Subjekts öffentlicher Verwaltung versteht, das durch Rechtssatz zwingend vorgeschrieben ist und vom Einzelnen zum Zwecke der Befriedigung seiner Individualinteressen auch im Klagewege verlangt werden kann[5].

Im derzeitigen Wasserrecht ist das Mittel zur Gewährung dieser Rechtsstellung die Bewilligung. Sie wird für eine

---

1) Salzwedel in Besonderes Verwaltungsrecht, S.464.
2) Hundertmark, S.65.
3) Hundertmark, S.42.
4) O.Mayer, Dt.Verw.R.II,S.180.
5) Forsthoff, §10,3,S.185f; Wolff, §43 III c,d,S.298f.

bestimmte Benutzung erteilt, ist unwiderruflich und schließt Abwehr- und Schadensersatzansprüche Dritter aus.

Wenn auch die zu Beginn des vorigen Jahrhunderts als ihre Vorläufer anzusehenden Rechtsgrundlagen sich in Namen und rechtlicher Gestaltung von ihr unterscheiden, so ist ihnen doch gemeinsam, daß dem Berechtigten vom Staat ein materielles Nutzungsrecht verliehen wird, das ebenfalls zukünftiger Veränderung oder Entziehung weitesgehend entrückt - bzw. diese nur gegen Entschädigung zulässig - und Abwehransprüchen Dritter nicht zugänglich ist. In einigen Teilen des Untersuchungsgebietes konnte zugunsten des Gewässerbenutzers eine solche Position auch infolge Ersitzung oder unvordenklicher Verjährung vermutet werden.

aa) Die einzelnen Titel und ihre rechtliche Natur

Die hierher gehörenden Titel beruhen meist auf der Übertragung der Ausübung eines Regalrechts. Diese Übertragung geschah öffentlich-rechtlich durch die sog. ältere oder regale Verleihung, durch Privileg (im gemeinen Recht bisweilen auch Konzession genannt[1]) und durch Erbbelehnung; privatrechtlich war sie durch Verpachtung[2] oder precario[3] möglich, ist aber wegen der rein schuldrechtlichen Wirkungen an dieser Stelle nicht zu behandeln - ebenso wie Schenkung oder Verkauf des Ausübungsrechts. Im Gebiet des ALR gehört noch die Erlaubnis nach ALR II 15 §46 zu den regalen Verleihungsakten.

aaa) Die ältere oder regale Verleihung

Durch diese Verleihung erhielt der Beliehene auf die Benutzung des Gewässers ein Privatrecht, das andere ausschloß und willkürlichen Eingriffen von außen entrückt

---

1) Elvers, S.33.
2) Nach und nach bei der Fischerei und der Bernsteingewinnung die Regel.
3) Durch Vergünstigung.

war[1]. Das verliehene Privatrecht hatte die Natur einer Gerechtigkeit, nach heutigen Begriffen also einer Dienstbarkeit, und konnte wie diese Personal- oder Realrecht sein[2]. Daß durch die ältere Verleihung ein Privatrecht gewährt wurde, obgleich das Regalrecht des Staates in seiner Substanz dem öffentlichen Recht angehörte, ist aus der Geschichte der Regalien erklärlich. Zweck und Ausmaß der durch die Verleihung eingeräumten Nutzungsmöglichkeit richteten sich nach dem Umfang des gewährten Rechts. Es war nicht nur stets auf die jeweils verliehene Gebrauchsart beschränkt, sondern auch umgrenzt durch den Umfang des Regals selbst. Das bedeutete vor allem, daß sich die Berechtigung immer nur auf diejenigen Wasserlaufstrecken beziehen konnte, an denen zum Zeitpunkt ihrer Erteilung auch das betreffende Regal bestand[3]. Privatgewässer schieden daher von vornherein aus; der verschiedene Umfang der öffentlichen Gewässer in den einzelnen Rechtsgebiten verlangt stete Beachtung der konkreten örtlichen Verhältnisse.

Die Begründung dieses Privatrechts erfolgte hingegen durch eine staatliche Maßnahme. Sie geschah in der Regel mittels ausdrücklicher Erklärung, konnte aber auch aus den Umständen anderer Maßnahmen zu entnehmen sein[4]. Möglich war auch die Verleihung bis auf Widerruf. Die Maßnahme als Verwaltungsakt zu bezeichnen[5], sollte jedoch aus Gründen begrifflicher Klarheit vermieden werden, da die Erteilung der Verleihung dem Landesherrn vorbehalten war, der das Regal für sich in Anspruch nahm. Diese Tatsache blieb jedoch wegen der noch ungenauen Trennung zwischen Gesetzgebung und Verwaltung - auch im ALR - ohne

---

1) Bluntschli, S.235; O.Gierke II,S.403; HKS II,§379, Anm.7c,S.593; RGZ 23,147(154); Seuff.Arch.34 Nr.267; Treuenfels, S.35 ff.
2) O.Gierke II,S.403; Treuenfels, S.39.
3) Endemann, S.39.
4) Gruchot 38,1046.
5) So z.B. HKS II,§379,Anm.7f,S.598.

praktische Auswirkungen; erst in späterer Zeit oblag der Verleihungsakt dann ausschließlich der zuständigen Verwaltungsbehörde.

Die verliehene Gerechtigkeit endete u.a. durch Fristablauf oder wenn der Staat sie aus überwiegenden Gründen des öffentlichen Wohls - gegen Entschädigung - aufhob; war sie ein Personalrecht, so stellte auch der Tod des Berechtigten oder der Wegfall der juristischen Person einen Erlöschensgrund dar[1].

bbb) Das Privileg (Konzession)

Von der regalen Verleihung unterscheidet sich das Privileg nicht durch die dem Berechtigten eingeräumte Stellung - weshalb es vielfach auch der Verleihung gleichgestellt wird[2] - sondern durch die Art seiner Gewährung. War die Erteilung der Verleihung eine sich innerhalb des vorgegebenen Rahmens der Gesetze vollziehende Maßnahme, so stellte die Begründung eines Privilegs nach herrschender Ansicht[3] einen Akt der Gesetzgebung selbst dar. Durch sie wurde bezüglich ganz bestimmter Personen, Sachen oder Rechtsverhältnisse sowohl - objektiv - eine Rechtsnorm geschaffen als auch - subjektiv - ein bestimmtes Rechtsverhältnis festgestellt, sodaß beide sich stets deckten. Es ist daher gerechtfertigt, das Privileg als lex specialis zu bezeichnen.

Die durch die Privilegierung gewährte Gerechtigkeit konnte konnte nach der im Untersuchungszeitraum noch gewichtig vertretenen Meinung[4] durch Nichtgebrauch für die Dauer der Verjährungszeit erlöschen sowie bei Mißbrauch vom Staat widerrufen werden. Ansonsten endete sie unter den gleichen Voraussetzungen wie die durch Verleihung begrün-

---

1) Vgl. z.B. ALR, Einleitung, §§63ff.
2) RGZ 54,860; 80,19(24); 80,366(369).
3) O.Gierke I,S.302ff.; Windscheid - Kipp I,S.686; HKS II, §379,Anm.7)f),S.598; RGZ 4,213(217); 17,235; 87,199 (201).
4) O.Gierke I,S.306f.

dete Grundgerechtigkeit[1].

ccc) Die Erlaubnis nach ALR II 15 § 46

Im Gebiet des ALR bedurfte die Anlage von Wasch- und Badehäusern an öffentlichen Flüssen wie bereits erwähnt[2] stets staatlicher Erlaubnis. Das ist in der Vorschrift des II 15 §46 festgesetzt, die diesen Gestattungsakt auch noch für Wasserleitungen an öffentlichen Strömen fordert.

Die Rechtsnatur dieser Erlaubnis war nicht immer ganz unumstritten. Aufgrund der systematischen Stellung der Bestimmung sowie der geregelten Materie kann der Eindruck entstehen, es handele sich um eine "Sonderregelung zum Gemeingebrauch" in ALR II 15 §44[3]. Auch an eine polizeiliche Genehmigung wird gedacht, jedoch ist diese für Wasserleitungen an öffentlichen Strömen bereits ausdrücklich in ALR I 8 §96 vorgeschrieben. Das Reichsgericht[4] hat schließlich in dieser "Erlaubnis" die Verleihung einer regalen Nutzung gesehen; eine Ansicht, die auch von der überwiegenden Literatur vertreten wird[5]. Zur Begründung wird einmal darauf verwiesen, daß, da der Wortlaut der Vorschrift nicht viel hergebe, auf den Gebrauch des Begriffes "Erlaubnis" wenig später in ALR II 15 §52 Bezug genommen werden müsse, wo er eindeutig als regale Verleihung aufgefaßt werde, zum anderen wird auch vorgetragen, daß, abgesehen vom Gemeingebrauch, jede Benutzung öffentlicher Gewässer, insbesondere bei geschäftlicher Ausbeutung des Wassers, zu den niederen Regalien des Staates gehöre (ALR II 15 §38, II 14 §24).

Durch ALR II 15 §46 ist der Staat allerdings nicht gebunden, den genannten Benutzungen stets diese Form der regalen Verleihung als Grundlage zu geben; er konnte hier, wie

---

1) HKS II,§379,Anm.7)f),S.598f.
2) Oben S.142f.Anders im gemeinen Recht; s.oben S. 145.
3) RGZ 64,137(140).
4) RG in JW 1894,379; RGZ 64,137(141).
5) Dernburg I,S.616 Fußnote 9; Nieberding - Frank,S.306; a.A. Scheele, S.17; Rausnitz in Gruchot, Bd.39,S.535.

auch sonst, in jeder ihm zustehenden anderen Weise über seine Rechte entscheiden. Daher ist bei einer Gewässerbenutzung der in ALR II 15 §46 genannten Art nicht sofort vom Vorliegen einer derartigen regalen "Erlaubnis" auszugehen, sondern erst zu prüfen, ob diese Rechtsgrundlage auch tatsächlich erteilt worden ist oder zumindest eine Vermutung für ihre Gewährung spricht.

ddd) Die Erbbelehnung

Das Lehnsrecht hatte im Untersuchungszeitraum seine Bedeutung bereits weitgehend eingebüßt. Um die Mitte des Jahrhunderts wurde es durch verschiedene Ablösungsgesetze[1], die u.a. das Obereigentum des Lehnsherrn entschädigungslos aufhoben, vollends beseitigt. Bis zu diesem Zeitpunkt aber war im Untersuchungsgebiet nicht nur die Neubegründung eines Lehnsverbandes möglich, sondern es trat auch noch die Lehnsnachfolge ein[2].

Begründet wurde das Lehen durch Vertrag, Investitur genannt, zwischen Lehnsherrn und Lehnsmann, dem Vasallen. Da es notwendige Voraussetzung der Investitur war, daß Lehnsherr Eigentümer - nach der Investitur Obereigentümer - des Lehens war, konnte im Wasserrecht ein Lehnsverband mit dem Staat als Partner nur an den in seinem Eigentum stehenden Gewässern gebildet werden. Durch den Akt der Begründung ging das nutzbare Eigentum - auch bereits ohne Besitzübertragung - an den Vasallen über, der davon in der im Lehnsvertrag festgesetzten Art Gebrauch machen kommte und in dieser Rechtsstellung wie der Eigentümer geschützt wurde. Das Lehnsverhältnis war jedoch nicht rein privatrechtlicher Natur, sondern enthielt infolge seiner

---

1) Für das Untersuchungsgebiet vor allem das Ablösungsgesetz vom 2.3.1850; das Gesetz betreffend die Abänderung der Art.40 und 41 der Verfassungsurkunde, vom 5.6.1852 (GS. S.319) und das Gesetz betreffend die Auflösung des Lehnsverbandes in der Provinz Westfalen und in den Kreisen Rees, Essen, Duisburg und Mühlheim a.d.Ruhr vom 3.5.1876 (GS. S.112).

2) Im ALR z.B. ausführlich geregelt in I 18 §§13-679.

geschichtlichen Herkunft auch öffentlich-rechtliche Elemente.

Hinsichtlich der Lehnsnachfolge bestand ein Unterschied zwischen den beiden wichtigsten Lehnsrechten, dem langobardischen und dem sächsischen. Da auch das ALR dem langobardischen Recht folgte, war dieses im Untersuchungsgebiet weitaus herrschend. Beiden Rechten gemeinsam war das Erlöschen der Lehnseigenschaft, wenn kein lehnberechtigter Anwärter mehr vorhanden war[1]. Die Ablösungsgesetze bestimmten schließlich, daß die nach ihrem Inkrafttreten kommenden Lehnsnachfolger abzufinden seien, falls nicht der augenblickliche Vasall binnen einer im einzelnen bestimmten Frist eine Umwandlung des Lehnsgutes in ein Fideikommiß beantragte.

eee) Die Genehmigung in NBGB und BL

Die gemäß Art. 538 NBGB (= Satz 538 BL) im öffentlichen Eigentum des Staates stehenden schiffbaren Wasserläufe sind der ausschließlich dem Staat zukommenden öffentlichen Sachherrschaft unterworfen. Diese hat zur Folge, daß alle Nutzungsmöglichkeiten Einzelner an diesen Gewässern auch ausschließlich auf staatlicher Gestattung beruhen. Nur die genannten Tätigkeiten des Gemeingebrauchs[2] sind von dieser Pflicht ausgenommen und kennzeichnen die Gewässer als res communes.

Die meist als Genehmigung bezeichnete staatliche Gestattung wird in den Vorschriften von NBGB und BL selbst nicht aufgeführt und ist nur der Literatur zu entnehmen[3]. Es handelt sich bei ihr nicht um die der präventiven Kontrolle dienenden polizeilichen Genehmigungen wie bei den nicht schiffbaren Wasserläufen oder im ALR[4], sondern um die Rechtsgrundlage des erstrebten Gebrauchs. Sie ist

---

1) Einzelheiten zur Lehnsnachfolge s.Dernburg I,S.941ff.m.w
2) Oben,S.141 ff.
3) Mittermaier I,S.647,Fußnote 10.
4) Oben,S.150 ff.

daher an dieser Stelle zu behandeln, obgleich dem Benutzer durch sie im Untersuchungszeitraum kein subjektives Recht oder eine diesem ähnliche Position eingeräumt wurde.

Da die schiffbaren Wasserläufe ihrer Natur nach dem Privatrechtsverkehr entzogen waren, verschaffte auch die Erteilung der Genehmigung den Benutzungen nicht diesen Charakter. Der Staat drückte durch die Gestattung vielmehr nur aus, daß unter den gegenwärtigen Verhältnissen gegen die beabsichtigte Nutzung aus Gründen des öffentlichen Wohls keine Hindernisse entgegenstehen. Das hatte umgekehrt zur Folge, daß eine auf einer Genehmigung beruhende Tätigkeit bei Vordringen öffentlichen Interesses späterhin ohne Entschädigung wieder eingeschränkt oder gar untersagt werden konnte. In ihrer Wirkung gegenüber Dritten entspricht die Genehmigung jedoch der regalen Verleihung; einerseits konnte der Begünstigte sich bei der Ausdehnung seiner Nutzung Dritten gegenüber auf die Genehmigung berufen, andererseits war er berechtigt, die durch sie erteilten Rechte klageweise zu verteidigen, bzw. Schadensersatz zu verlangen.

bb) Vermutungen für den Erwerb eines solchen Benutzungsrechts

Eine Vermutung für den Erwerb eines der beschriebenen Rechte konnte durch Ersitzung und unvordenkliche Verjährung begründet werden. Beide Rechtsinstitute waren, wie beschrieben, nicht im gesamten Untersuchungsgebiet gleichermaßen anerkannt. Die Ersitzung war gegenüber diesen Benutzungsrechten und an öffentlichen Gewässern nur im Bereich des ALR, die unvordenkliche Verjährung nur im gemeinen Rechtsgebiet zugelassen.

aaa) Die Ersitzung im Geltungsgebiet des ALR

Die Voraussetzungen der Ersitzung gegenüber den regalen Nutzungsrechten[1] sind die gleichen wie bei den Grund-

1) ALR II 14 §§35ff.

dienstbarkeiten[1]; länger ist die Ersitzungszeit: sie beträgt hier 44 Jahre[2]. Während dieser Spanne mußte der Benutzende gutgläubig hinsichtlich eines eigenen Gebrauchsrechts sein.

Da als Rechtsgrundlage für die Anlegung von Wasch- und Badehäusern sowie Wasserleitungen an öffentlichen Strömen auch die Erlaubnis nach ALR II 15 §46 in Betracht kommt, konnte bei derartigen Nutzungen unter den genannten Voraussetzungen auch diese Grundlage ersessen werden. Keine Rechtsgrundlage hingegen war die nach ALR II 15 §62 für alle Bauwerke vor ihrer Errichtung in und an öffentlichen Strömen erforderliche Genehmigung. Sie entspricht vielmehr ALR I 8 §96; an ihr war daher weder eine Ersitzung möglich, noch konnte, wenn sie zwar erteilt war, ein Gewässerbenutzer aber, der bei seiner Tätigkeit ein fremdes Recht ausübte, weil ihm beispielsweise der Wassergebrauch schuldrechtlich eingeräumt war, aus dem ununterbrochenen Fortbestehen dieser Genehmigung während der Ersitzungszeit irgendeine Rechtsgrundlage für das aufgerichtete Bauwerk und die Gewässerbenutzung an diesem herleiten[3]. Anders hat das Reichsgericht[4] die Lage beurteilt, wenn ein Wasserbauwerk während der Ersitzungszeit widerspruchslos bestanden hat, und nicht bekannt ist, ob die Genehmigung erteilt worden ist oder bejahendenfalls die Kenntnis über den Umstand einer Erteilung für ein eigenes oder fremdes Recht fehlt: hier wurde die Ersitzung einer Benutzungsgrundlage anerkannt.

bbb) Die unvordenkliche Verjährung im Gebiet des gemeinen Rechts

Die unvordenkliche Verjährung erzeugte eine widerlegbare Vermutung sowohl hinsichtlich einer einstmals rechtmäßigen

---

1) Oben S.165 ff.
2) ALR I 9 §629.
3) So HKS II,§379 Anm.9a,S.601; a.A.Sternberg, S.28.
4) RGZ in Pr.V.Bl. 32,783.

Begründung als auch bezüglich der materiellen Ausgestaltung einer Benutzungsgrundlage[1]. Guter Glaube war nicht erforderlich. Derjenige, der diese Vermutung für sich in Anspruch nahm, mußte eine Gewässernutzung, die zu ihrer Ausübung einer besonderen Gestattung bedurfte, seit unvordenklicher Zeit in sichtbarer Weise ausgeübt haben[2]. Das gleiche galt für die Reichweite der Benutzung: durch erkennbare Tatsachen mußte nach außen bemerkbar sein, daß dem Benutzer das Recht zukam, Veränderungen im augenblicklichen Zustand des Gewässers oder neue, an sich zulässige Nutzungen anderer in bestimmtem Umfang abzuwehren; im allgemeinen genügte der Nachweis bereits früherer erfolgreicher Abwehr[3]. Als Zeitdauer wurde ein Raum von mindestens 80 Jahren verlangt, während dessen die Nutzungen nicht unterbrochen worden sein durften und nach deren Verstreichen die Vermutung ihrer Rechtmäßigkeit begründet war. Während im Herzogtum Hessen-Nassau diese Frist am 1.7.1854 (dem Tag des Inkrafttretens der Stockbuchverfassung) beendet gewesen sein mußte[4], konnte sie im übrigen gemeinrechtlichen Bereich noch bis zum Inkrafttreten der einzelnen um die Wende zum 20. Jahrhundert erlassenen Wassergesetze fortgesetzt werden, meist also bis zum 1.5.1914 gemäß §400 I des preußischen Wassergesetzes vom 7.4.1913.

cc) Die einzelnen Nutzungsarten

Eine Betrachtung der einzelnen Gewässerbenutzungen, die einer besonderen Rechtsgrundlage zu ihrer Ausübung bedürfen, ergibt, wie schon beim Gemeingebrauch, einen deutlichen Unterschied zwischen dem Gebiet des gemeinen Rechts und den Bereichen ohne subsidiäre Geltung römisch-rechtlicher Vorschriften.

---

1) Hesse in Iher.JB. Bd.VII,S.275.
2) Elvers, S.33.
3) RGZ 8,134.
4) Bertram, S.95.

aaa) Das Gebiet von ALR und rheinisch-badischem Recht

Gemäß ALR II 14 §24 und II 15 §38 waren die Nutzungen der von Natur schiffbaren Ströme - und damit aller öffentlichen Wasserläufe - niedere Regalien des Staates. Welche Gebrauchsarten dies im einzelnen sind, ist - bis auf die Ausnahme des II 15 §46 und den eine Sonderstellung einnehmenden Mühlen (II 15 §229) - nicht ausdrücklich aufgeführt. Das war auch nicht erforderlich, denn dem ALR war nicht ein System eigen, das nur für bestimmte Benutzungen eine besondere Rechtsgrundlage forderte, für die anderen dagegen nie. Vielmehr ergibt sich aus den eben genannten Bestimmungen, daß das regale Nutzungsrecht des Staates alle Vorteile umfaßte, die das gesamte Gewässer - also nicht nur das Wasser selbst - unbeschadet seiner Substanz gewähren konnte (ALR I 2 §110). Daher war es grundsätzlich möglich, zur Wahrnehmung einer jeden Gewässerbenutzung eine Rechtsgrundlage zu verleihen, bzw. auch zu ersitzen. Dies wird trotz bisweilen geäußerter Zweifel[1] von der überwiegenden Literatur anerkannt[2]. Eine besondere Verleihung war jedoch unüblich bei den Tätigkeiten, die nach den Vorschriften des ALR auch ohne eine besondere Rechtsgrundlage zulässig waren. In Betracht kamen dabei hier nur die Benutzungen aufgrund des Gemeingebrauchs. Da diese ausdrücklich aufgeführt sind, ergibt ein Umkehrschluß - sofern überhaupt von einem abgeschlossenen Kreis von Gewässerbenutzungen gesprochen werden kann- die Tätigkeiten, die zu ihrer Wahrnehmung stets einer Verleihung bedurften.

Hierbei wird deutlich, daß das Recht zur Errichtung von Anlagen stets dem Staat zukam. Das galt nicht nur für die Wasch- und Badehäuser sowie die Wasserleitungen nach ALR II 15 §46, sondern auch für alle anderen Bauten, dienten sie nun der Ab- oder Zuleitung von Wasser selbst oder irgendeiner Tätigkeit am Gesamtgewässer, wie dies z.B. bei

---

1) ZAGr 7,25.
2) HKS II,§379 Anm.21)d),S.619; Sternberg,S.20ff.

Kaimauern, Anlegestellen und dergleichen der Fall ist. Hervorgehoben werden soll, daß die zahlreichen Ableitungen zur Wiesen- und Äckerbewässerung alle einer besonders verliehenen Rechtsgrundlage bedurften; das galt auch für die - damals jedoch noch nicht so spürbaren - Wasserentnahmen zu industriellen Zwecken. Daß auch Staueinrichtungen zu den staatlichen Nutzungsrechten gehörten, ist wegen der Schiffbarkeit der öffentlichen Wasserläufe verständlich; ebenso das Einführen fester oder schlammiger Stoffe. Schließlich sei noch das staatliche Recht der Eisgewinnung an den Gewässern erwähnt.

Was die Einleitung von Wasser und Abwasser in die öffentlichen Ströme betrifft, so wurde sie zwar als Gemeingebrauch angesehen[1]; es scheint hier jedoch hin und wieder der Fall gewesen zu sein, daß diese Befugnis auch verliehen oder ersessen wurde[2]. Diese Tatsache erklärt sich damit, daß die Einleitungen, solange sie nur als Gemeingebrauch wahrgenommen wurden, den Beschränkungen auf das Gemeinübliche und Regelmäßige und der ständigen Anpassung an die Oberlieger unterworfen waren[3]. Um sich aus dieser Enge zu befreien und die Nutzung stets in einem garantierten Ausmaß wahrnehmen zu können, war die besondere Rechtsgrundlage für den Interessenten das gegebene Mittel.

Dieser Vorgang zeigt noch, daß an sich gemeingebräuchliche Nutzungen bei intensiverer Wahrnehmung ebenfalls zu den Regalien des Staates gehörten und einer Verleihung bedurften.

Das Gesagte gilt im Ergebnis grundsätzlich auch für die Geltungsbereiche von NBGB und BL. Ein Unterschied zum ALR besteht jedoch darin, daß für gemeingebräuchliche Benutzungen die Möglichkeit der Genehmigung als besonderer Rechtsgrundlage nicht gegeben war - zumindest ist kein

---

1) Oben, S.149 f.
2) Sternberg, S.20 ff.
3) HKS II, §379 Anm. 21)c), S.618.

derartiger Fall bekannt. Es würde auch nicht in das System dieser Kodifikationen passen[1], wenngleich allerdings eine deren Lückenhaftigkeit ausfüllende Rechtsprechung gerade auf diesem Gebiet vollständig fehlt[2].

bbb) Das Gebiet des gemeinen Rechts

In wesentlich weniger Fällen war eine besondere Rechtsgrundlage für Benutzungen der öffentlichen Gewässer im gemeinen Recht erforderlich. Sie kam vor allem für zwei Grundtypen in Betracht: bei Ableitungen aus schiffbaren Wasserläufen und ihren Zuflüssen und bei der Überschreitung gemeingebräuchlicher Benutzungen[3]. Das Erfordernis einer der beschriebenen Rechtsgrundlagen für Wasserentnahmen aus schiffbaren Flüssen erklärt sich nicht nur aus einer möglichen Störung des Verkehrs durch die notwendigen Ableitungsanlagen - besonders bei Triebwerken -, sondern auch damit, daß bei der Entnahme von Wasser zu Bewässerungszwecken dieses wegen des damit verbundenen Verbrauchs dem Wasserlauf auf Dauer entzogen wird. Dementsprechend ist auch die Wasserleitung aus nicht schiffbaren Flüssen noch eine gemeingebräuchliche Nutzung[4].

Für die Notwendigkeit einer besonderen Rechtsgrundlage bei der Überschreitung des Gemeingebrauchs liegt der Grund darin, daß das Wasser jetzt nicht mehr in einer seiner natürlichen Bestimmung gemäßen Weise benutzt wird.

dd) Genehmigungspflicht für Wasserbauten

In weiten Teilen des Untersuchungsgebietes war in bestimmten Fällen des Gebrauchs der öffentlichen Gewässer eine polizeiliche Genehmigung erforderlich.

Für das Gebiet des ALR - hier meist Konzession genannt - werden ihre Gegenstände in I 8 §§96, 97 und II 15 §62 be-

---

1) Oben,S.182 f.
2) Zachariae - Crome I,§108,Anm.4); §219,Anm.2).
3) Hesse in Iher.JB.Bd.VII,S.271; Treuenfels, S.35.
4) Oben, S.144.

zeichnet: es sind dies alle Anlagen in und an öffentlichen Strömen, dazu auch die Bauten von Kanalisationsunternehmungen öffentlicher Verbände.

Im gemeinen Recht, wo der Kreis der öffentlichen Gewässer größer war als im ALR, betraf dieser Akt staatlicher Polizeigewalt auch eine größere Anzahl von Nutzungen. Auch im gemeinrechtlichen Bereich wird eine Genehmigung für alle Anlagen zur Wasserbenutzung gefordert; die Ansicht hatte sich im Untersuchungszeitraum allerdings nur langsam durchgesetzt, da noch die römisch-rechtliche Meinung sehr verbreitet war, nicht dem Staat obliege die Fürsorge und Aufsicht über die Gewässer zum allgemeinen Wohl, sondern vielmehr dem Volke selbst, dem dann bei Gefährdungen Interdikte zu Gebote stehen[1].

In den Geltungsbereichen von NBGB und BL reichte allein die dort Genehmigung genannte Rechtsgrundlage[2] aus, um auch in den diese Anlagen bedürfenden Fällen die zulässige Benutzung des Gewässers zu eröffnen.

Im gemeinen Rechtsgebiet und dem des ALR herrschte Einigkeit darüber, daß die Genehmigung keine Verleihung der für die Benutzung selbst erforderlichen Rechtsgrundlagen, also kein besonderer Titel sei; sie wurde daher auch nicht für die Tätigkeit sondern nur für die Anlage erteilt. Dennoch sind hier Verschiedenheiten festzustellen. Im Geltungsbereich des gemeinen Rechts genügte der Praxis allein die Genehmigung, um dem Antragsteller auch die an sich nur aufgrund besonderen Rechts zulässige Benutzung des Gewässers zugänglich zu machen. Für das ALR wurde dagegen in strenger Auslegung beides gefordert, jedoch meist, da in der Regel für beide Akte dieselbe Behörde zuständig war, in der Erteilung der Genehmigung auch die stillschweigende Gewährung des erforderlichen Sonderrechts

---

1) Hesse in Iher.JB.Bd.VII,S.283f.
2) Oben, S.182 f.

gesehen. Nicht eingegangen zu werden braucht an dieser Stelle auf das Problem der Drittwirkung der Genehmigung[1]. Diese wurde nur vom ALR und nur im Zusammenhang mit der Zulassung von Mühlen eingeräumt (ALR II 15 §§236 ff.). Derartige Anlagen fallen aber weder unter die hier zu behandelnden Benutzungen, noch wurden ihnen im Untersuchungszeitraum bereits - wie das später geschehen ist[2] - in dieser Hinsicht die Triebwerke gleichgestellt.

Anknüpfend an die von O. Mayer gebrachte Dreiteilung der Rechtsgrundlagen wurde zu Beginn dieses Jahrhunderts von einem großen Teil der Literatur die Ansicht vertreten, die polizeiliche Anlagengenehmigung sei eine Art Gebrauchserlaubnis[3]. Zwar ist das verständlich, weil hier ein Akt vorliegt, der zur Rechtmäßigkeit einer gemeingebrauchsüberschreitenden Nutzung erforderlich ist, ohne daß durch seine Erteilung eine subjektive Berechtigung verliehen wird, die Bezeichnung als nur "eine Art Gebrauchserlaubnis", die allenthalben verwendet wird, zeigt jedoch, daß die Untauglichkeit der Genehmigung als Rechtsgrundlage für eine Nutzung - die die Gebrauchserlaubnis immerhin ist - durchaus anerkannt wird. Berechtigung hätte die Ansicht, bezogen auf den Untersuchungszeitraum, allenfalls in den Bereichen des rheinisch-badischen und z.T. des gemeinen Rechts, nicht aber im Geltungsgebiet des ALR gehabt. Einmal mehr wird deutlich, wie wenig gefestigt noch die Abgrenzungen zwischen den einzelnen Rechtsgrundlagen waren[4], es zeigt aber auch das Unbehagen[5] über den praktisch unbefriedigenden Zustand, daß es zwischen dem Gemeingebrauch

---

1) Oben, S.152.
2) Nieberding - Frank, S.336.
3) Jellinek, Verw.R.§22 I 4b,S.511 (Genehmigung bekannt unter dem Namen "Gebrauchserlaubnis"); Fleiner, S.379 (gesteigerter Gemeingebrauch); Hatschek, Verw.R.,S. 437f. (Genehmigung ist der öffentlich-rechtliche Teil der Gebrauchserlaubnis).
4) O.Gierke II,S.27,Fußnote 30; oben, S.143.
5) Wie es auch bei der Interpretation von ALR II 15 §46 schon sichtbar geworden ist; oben, S.180.

und der starken Rechtsstellung durch die Verleihung keine dritte, schwächere Position gibt.

c) Das öffentliche wasserrechtliche Nachbarrecht

Das Nachbarrecht regelt die Beziehungen der einzelnen Gewässerbenutzer untereinander. Soweit der Staat an der Regelung der Benutzungsverhältnisse beteiligt ist, nimmt er durch Zulassung und Ordnung der Tätigkeiten die Aufgaben des Interessenausgleichs der Beteiligten untereinander wahr[1]. Das geschieht immer in zwei Richtungen: gegenüber den alten und gegenüber den neu hinzukommenden Benutzern. Einerseits müssen alle bestehenden Gewässerbenutzungen vor möglichen Beeinträchtigungen durch neu zuzulassende Tätigkeiten geschützt werden und andererseits muß die neue Benutzung in das bestehende Gefüge harmonisch eingegliedert und in ihren Ausdehnungsmöglichkeiten anderen gegenüber fixiert werden.

aa) Der Schutz des Rechtsinhabers durch den Staat

Der Schutz bestehender Gewässerbenutzungen vor Minderungen oder Änderungen ihres einmal bewilligten Umfangs ist nicht undurchbrechbar. Seine Stärke ist abhängig von der Natur der dem Berechtigten gewährten Rechtsgrundlage und von dem Gewicht der entgegenstehenden Interessen.

aaa) Der Bestandsschutz der gewährten Stellung und seine Beschränkungen

Durch die genannten, vom Staat gewährten Rechtsgrundlagen erhielt der Begünstigte das Recht auf eine bestimmte Art der Gewässerbenutzung, das willkürlicher Veränderung oder Schmälerung durch andere entrückt und allenfalls gegen Entschädigung entziehbar war. Diese mit den Merkmalen eines subjektiv-öffentlichen Rechts ausgestattete Position war, obgleich durch öffentlich-rechtlichen Akt verliehen, ein Privatrecht[2]. Der Charakter des gewährten

---

1) Zum Verfahren bei der Gestaltung des Nachbarrechts vgl. oben S.189, 152.
2) Oben, S.177 ff.

Rechts war im Untersuchungszeitraum überall noch keiner Diskussion unterworfen[1], wie das später bei der Verleihung nach dem Fr. WG von 1913 der Fall war[2]. Die Sicherheit der bewilligten Stellung galt zunächst einmal dem Staate selbst gegenüber, der sie eingeräumt hatte. Es blieb diesem zwar unbenommen, an denselben Gewässern auch anderen Interessenten besondere Rechtsgrundlagen zu erteilen; die Nutzungen, die sie zum Gegenstand hatten, durften jedoch die früher gewährte Gebrauchsart in dem einmal bewilligten Umfang nicht mehr wesentlich beeinträchtigen[3]. Damit begab sich der Staat zwar mit jeder Verleihung eines Teils seiner Dispositionsfreiheit, jedoch ist dieser Verlust der Preis für eine geordnete Bewirtschaftung des Wasserhaushalts, die ohne den Schutz bereits bestehender Benutzungen vor neu hinzukommenden unmöglich ist. Dieser Bestandsschutz ist nicht etwas, das speziell den auf besonderer Rechtsgrundlage zulässigen Nutzungen eigen ist, sondern er folgt aus dem Grundsatz der Gemeinschaft aller am Gewässer Beteiligten und der Gemeinverträglichkeit aller Benutzungen, wie er auch für die unmittelbar auf dem Gesetz beruhenden Tätigkeiten gegeben ist. Der Unterschied besteht nur darin, daß bei diesen der Grundsatz als Regulativ im freien Spiel der Kräfte wirken muß, während es bei den einer besonderen Rechtsgrundlage bedürfenden Nutzungen bereits vor deren Ausübung vom Staat beachtet und befolgt wird; dieser nimmt somit hier öffentliches Nachbarrecht wahr.

Der Bestandsschutz ging jedoch nicht so weit, daß der Rechtsinhaber von der Besorgung jeglicher Veränderungen gänzlich befreit war. Auch ohne daß es bei der Verleihung ausdrücklich ausgesprochen werden mußte, unterlag die Unantastbarkeit seiner Position den Beschränkungen,

---

1) Treuenfels, S.35 f.
2) Siene bei Hundertmark, S.46 m.w.N.
3) Endemann, S.38; RGZ 18,256.

die sich aus der Wahrnehmung der im öffentlichen Interesse liegenden Aufgaben des Staates am Gewässer ergab. So waren die Begünstigten den für ihre Art der Nutzung bestehenden polizeilichen Vorschriften, wie sie durch die Genehmigung angewendet wurden, unterworfen[1], mit der Folge, daß auch eine nachträgliche Veränderung der Anlagen, z.B. hinsichtlich der Stauhöhe, gefordert werden konnte, falls deren Zustand nicht in der Verleihung bestimmt war[2]. Im gesamten Untersuchungsgebiet bejaht wurde des weiteren die Frage, ob der Beliehene auch den Anordnungen des Staates unterworfen war, die dieser aus Anlaß des Ausbaues der Wasserläufe für die Schiffahrt traf[3]. Regelmäßig wurde das damit begründet, daß der Staat sich auch bei einer Verleihung nicht der Rechte begeben wolle, deren er zur Wahrnehmung seiner öffentlichen Aufgaben bedarf. Diesen Beschränkungen des Bestandsschutzes unterlagen daher auch diejenigen, die ein Nutzungsrecht ersessen hätten oder zu deren Gunsten es vermutet wurde. Rege diskutiert wurde im Untersuchungszeitraum in diesem Zusammenhang das Problem der Entschädigungspflicht. Ein näheres Eingehen darauf erübrigt sich hier allerdings, da keine praktischen Auswirkungen mehr vorliegen. Im allgemeinen wurde diese Pflicht des Staates bejaht, dem Sinne nach mit der Begründung, daß die vorbehaltlose Verleihung eines Nutzungsrechts an einen Interessenten nicht die Verpflichtung beinhalte, auf eigene Kosten die Maßnahmen und Änderungen an seinem Gebrauch vorzunehmen, die sich aus der Eröffnung oder Erweiterung der Schiffahrt am Wasserlauf ergeben und somit im öffentlichen Interesse liegen[4].

bbb) Inhalt und Umfang des materiellen Nutzungsrechts

Inhalt, Umfang und Zweck des materiellen Nutzungsrechts

---

1) Endemann, S.39.
2) RGZ 23,156(157).
3) Endemann, S.39; Hesse in Iher.JB.Bd.VII,S.280; Baumert, S.15; Mittermaier I,S.619; Schwab,S.156.
4) Gerber, §63 Anm.13.

wurden vor Erteilung der Rechtsgrundlage genau festgesetzt - nicht zuletzt auch nicht ohne Beachtung der bereits bestehenden Benutzungen -, und dann in der Verleihungsurkunde niedergelegt. Sie war die Grundlage für das Ausmaß der Tätigkeiten. Wo nur eine Vermutung für den Erwerb des Rechts bestand, wurde sie ersetzt durch den Umfang der widerspruchslosen Ausübung der Tätigkeiten in der Praxis.

An den auf diese Weise erkennbaren Inhalt des Nutzungsrechts hatte sich der Begünstigte streng zu halten: wem beispielsweise das Recht zum Aufstauen verliehen war, durfte den Wasserlauf nur in dieser Weise benutzen und nicht aus dem Stauraum auch Bewässerungswasser entnehmen[1]. Ebenfalls war der Zweck der Benutzung einzuhalten: Das Recht, Wasser zur Ackerberieselung abzuleiten, schloß nicht die Befugnis mit ein, hier auch Trinkwasser abzuzweigen. Aus der Festsetzung des Umfangs der gewährten Nutzung ergibt sich auch, daß der Berechtigte weder überschießendes Wasser nutzen durfte, noch befugt war, nutzlose Minderungen des Dargebots vorzunehmen. Schließlich mußte er die Nutzung an dem Orte ausüben, für den sie ihm gewährt worden war[2].

Das Nutzungsrecht konnte auf Widerruf verliehen werden[3], sowie in Nebenbestimmungen Beschränkungen oder Auflagen enthalten, beispielsweise die, bei staatlichen Maßnahmen zu Zwecken der Schiffahrt am Wasserlauf die Kosten notwendiger Änderungen der eigenen Anlagen selbst zu tragen[4].

ccc) Das Recht auf Zufluß als Inhalt der gewährten Stellung

Die Frage, inwieweit dem Begünstigten ein Recht auf Zufluß von Wasser zusteht, läuft vor allem auf das Problem

---

1) Endemann, S.40.
2) Schwab, S.104.
3) Gruchot 63, 759.
4) Gerber, §63 Anm. 13).

hinaus, ob ihm eine Bevorrechtigung in dieser Hinsicht vor anderen Benutzern, insbesondere den einen Gemeingebrauch Ausübenden, zukommt. Literatur und Rechtsprechung auf diesem letzten Gebiet sind sehr uneinheitlich; der Grund dafür wird in der Tatsache zu finden sein, daß nur wenige Hinweise über das der Klärung dieser Frage vorausgehende Problem vorhanden sind, ob und inwieweit bereits die Verleihung ein Recht auf Zufluß, in Gestalt eines Anspruchs gegenüber dem Staat, beinhaltet.

Da die hoheitlich gewährte Position des Begünstigten ein Privatrecht war, spezifiziert als Gerechtigkeit liegenschaftlichen Charakters, wird dem Benutzer von einem Teil der Literatur[1)] ein "(quasi-) dingliches" Recht auf Wasser dem Staat gegenüber zugebilligt. Dies so zu verstehen, daß der Berechtigte Wasser stets in gleichbleibender Menge und Güte fordern und bei Nichterhalt Schadensersatz verlangen kann, geht sicher fehl. Auch die Vertreter der genannten Meinung werden nicht die Tatsache übersehen haben, daß die Eigenschaften des Wassers, soweit sie den Zufluß betreffen, sehr weitgehend durch die Natur bestimmt werden und menschlicher Einflußnahme entzogen sind. Das von ihnen dem Benutzer gegebene Recht dem Staat gegenüber kann deshalb nur soweit reichen, wie sich auch dessen Einfluß erstreckt. Das bedeutet vor allem zweierlei: zum einen hat der Begünstigte das Recht, vom Staat bei der Neuverteilung von Benutzungsrechten zu verlangen, daß diese die augenblickliche Art seines Zuflusses nicht beeinträchtigen und zum anderen kann er fordern, daß im öffentlichen Interesse vorgenommene Wasserbaumaßnahmen seine Benutzung nicht vereiteln.

Diese Richtlinien werden modifiziert durch den bekannten Grundgedanken der Gemeinschaft aller am Gewässer Beteiligten; er verhindert hier vor allem eine fortschrittshemmende Zementierung bestehender Zustände am Wasserlauf

---

1) Endemann, S.38; Weiske, Rechtslexikon Bd.14,S.148.

und führt dazu, daß geringfügige Beeinträchtigungen des Zuflusses durch eine staatliche Maßnahme hingenommen werden müssen. Dieses Ergebnis wird auch durch die Ansicht gestützt, daß der Beliehene Beeinträchtigungen an der Wasserkraft durch eine im Interesse der Schiffahrt errichtete Schleusenanlage entschädigungslos dulden muß, solange sie nur geringfügig sind[1].

Von diesem grundsätzlichen Sachverhalt können in der Verleihungsurkunde in dem Ausmaß, in dem der staatliche Einfluß reicht, auch Abweichungen vorgesehen sein.

bb) Reichweite und Beschränkungen der Rechtsposition im Verhältnis zu Dritten

Zum Wesen der auf einer besonderen Rechtsgrundlage beruhenden Gewässerbenutzungen gehört ihre bevorzugte Stellung gegenüber anderen Gebrauchsarten. Wegen der aus der Natur des fließenden Wassers folgenden Abhängigkeit aller am Gewässer Beteiligten voneinander kann diese herausgehobene Position zur Einengung und in Extremfällen zum Ausschluß anderer Wasserbenutzungen von diesem Gewässerstück führen. Das widerspricht dem Zweck der öffentlichen Gewässer, der Allgemeinheit zu dienen. Der Staat, verpflichtet, einem möglichst großen Interessentenkreis die bestmöglichen Nutzungen offenzuhalten, hat daher bei der Vergabe besonderer Rechtsgrundlagen die Wirkung ihrer Ausübung auf andere Gewässerbenutzungen zu berücksichtigen. Ausführliche Vorschriften darüber, wer als "Betroffener" von einer Neuzulassung anzusehen ist und in welchen Fällen er Einwendungen gegen diese neue Benutzung erheben kann, wie sie heute in §8 II, IV WHG und den ausfüllenden Landesgesetzen bestehen, sind im Untersuchungszeitraum noch nicht vorhanden. Für die neu zuzulassenden Benutzungen mußten sich hier daher die Richtlinien, die bei ihrer Einfügung in das bisher an dieser Gewässerstrecke

---

1) HKS II,§379,Anm.7)c),S.594.

bestehende Benutzungssystem zu beachten waren, aus dem Grundsatz der Gemeinverträglichkeit und den Rechtsgrundlagen der bereits bestehenden Benutzungen ergeben, da davon, ob und wieweit diese Bestandsschutz genossen, auch der Umfang der Neuzulassung abhing.

In der Zielrichtung besteht zwischen beiden Regelungen kein Unterschied: der §8 III WHG soll die nachteilige Veränderung eines tatsächlichen Zustandes verhindern, dessen Aufrechterhaltung der Berechtigte verlangen kann[1], d. h. also dessen Benutzung infolge ihrer Grundlage einen Bestandsschutz genießt, und in §8 IV WHG ist durch die Aufzählung der einwendungsfähigen Tatbestände eine negative Abgrenzung der Gemeinverträglichkeit vorgenommen worden. In der Stellung der beiden Prüfungskriterien zueinander besteht jedoch ein grundlegender Unterschied zwischen den beiden Regelungen: §8 III WHG und §8 IV WHG stehen gleichberechtigt nebeneinander, dergestalt daß Absatz IV den Kreis der Einwendungsberechtigten des Absatz III erweitert[2], während im Untersuchungszeitraum von den Rechtsgrundlagen der bestehenden Benutzungen ausgegangen und das hierbei gewonnene Ergebnis durch den Grundsatz der Gemeinverträglichkeit modifiziert wurde.

aaa) Das Verhältnis zum Gemeingebrauch

Die auf dem Gemeingebrauch beruhenden Benutzungen sind gekennzeichnet durch die Pflicht zu gegenseitiger Rücksichtnahme und eingeschränkt durch das allen anderen gleichermaßen zustehende Recht auf den Gebrauch innerhalb der Gemeinschaft[3]. Demgegenüber beanspruchen die durch eine besondere Rechtsgrundlage Begünstigten ein Vorzugsrecht[4].

---

1) Amtliche Begründung zu §8,S.25 links; Hundertmark,S.100, m.w.N.
2) Auf die Gründe für dieses System, das mit der Gebrauchserlaubnis zusammenhängt, die zwar Rechtsgrundlage für Benutzungen, aber kein "Recht" i.S. von §8 III WHG ist, kann hier nicht näher eingegangen werden.
3) Treuenfals, S.53.
4) Treuenfels, S.39; Hesse in Iher.JB.Bd.VII,S.264.

Aus diesem Grunde konnte ein mit einem Nutzungsrecht Beliehener den Gemeingebrauch soweit zurückdrängen, als es das Ausmaß der ihm gewährten Tätigkeit erforderte; hierbei war auch der völlige Ausschluß des Gemeingebrauchs an dem bestimmten Wasserstück möglich. In der gemeinrechtlichen Literatur wird zwar bisweilen gefordert[1], grundsätzlich solle die Verleihung unter Aufrechterhaltung der gemeinen Gebrauchsfähigkeit des Gewässers erfolgen, jedoch scheint dies, wie späteres Schrifttum ergibt[2], nicht die Regel gewesen zu sein.

Zu erwähnen ist an dieser Stelle, daß zu Ungunsten des Staates vermutet wurde, daß ihm in dem Umfang, in dem er die nutzbare Seite seines Regals verliehen hatte, eine eigene Tätigkeit an dieser Gewässerstrecke, ein sog. Mitausübungsrecht, nicht mehr zukam; die Vermutung bestand, solange nicht der Inhalt der Verleihung oder das objektive Recht etwas anderes ergaben[3].

bbb) Das Verhältnis zu anderen Begünstigten

Im Verhältnis zu anderen Begünstigten treten der neu zuzulassenden Benutzung im Unterschied zum Gemeingebrauch gleich starke Positionen gegenüber. Deren Grundlage können zwar jegliche subjektiven Rechte sein, im Untersuchungszeitraum kommen aber nur die oben genannten hoheitlich bewilligten in Betracht, nicht nur, da nur sie jedermann gegenüber wirksam waren, sondern auch, weil die öffentlichen Gewässer, an denen allein sie verliehen wurden, von wohl lediglich theoretischen Ausnahmen abgesehen[4] nicht im Privateigentum standen. Diese gleich starke Stellung unterscheidet die Einfügung der neuen Benutzung in das bestehende System grundsätzlich von den Fällen, in denen dem Sonderberechtigten nur Gemeingebrauch

1) Treuenfels, S.35.
2) HKS II, §379, Anm. 7)d), S.594.
3) Schwab, S.73 f., 104.
4) Zumindest im Untersuchungsgebiet: s. dazu oben, S.136 Text und Fußnote 1.

gegenübersteht. Da sich aus den Rechtsgrundlagen selbst kein Vorzug für die eine oder andere Benutzung ergibt, mußte die Richtschnur der Gemeinverträglichkeit einer Einpassung zugrunde gelegt werden.

Dabei ergab sich folgendes Bild: die neu zuzulassende Benutzung hatte sich in ihrem Inhalt nach den bestehenden Rechten zu richten, da deren Inhaber nach den Grundsätzen des Bestandsschutzes einen Anspruch darauf hatten, daß ihre Tätigkeiten und Anlagen nicht durch neue Sonderberechtigte beeinträchtigt würden[1]. Indes durfte das nicht zu einer Zementierung bestehender Zustände führen. Soweit es bei billiger Abwägung der Interessen angemessen erschien, hatten sich die bereits ausübenden Sonderberechtigten nach den neu hinzukommenden zu richten und entsprechende Änderungen ihrer Anlagen oder Tätigkeiten vorzunehmen. Entscheidungsmaßstab bei der Interessenabwägung war der Gesichtspunkt, daß geringe Schwierigkeiten hinzunehmen seien, die bisherige Benutzung jedoch nicht unmöglich gemacht oder wesentlich erschwert werden dürfe[2].

ccc) Das Recht auf Zufluß gegenüber anderen Gewässerbenutzern

Dem Recht auf Zufluß von Wasser bestimmter Menge oder Güte gegenüber anderen Benutzern sind zwei Zielrichtungen eigen: es beschränkt sich nicht nur auf das Verhältnis einer neu zu erteilenden staatlichen Gestattung gegenüber den bereits bestehenden Gebrauchsrechten, sondern es muß umgekehrt auch von den das Gewässer bereits aufgrund einer besonderen Rechtsgrundlage Nutzenden gegenüber neu Hinzukommenden - insbesondere also Oberliegern - gleichermaßen in Anspruch genommen werden können. Wie bereits erwähnt[3] sind Schrifttum und Rechtsprechung auf diesem Gebiet zwar sehr uneinheitlich, dennoch lassen sich einige

---

1) Endemann, S.38; RGZ 18,256; oben S.192.
2) Seuff.Arch.18 Nr.111; 21 Nr.207; HKS II,§379 Anm.7)d), S.597.
3) Oben, S.195.

grundsätzliche Richtlinien herausarbeiten.

Dabei muß unterschieden werden zwischen den Fällen, in denen der "Anspruchsgegner" ein aufgrund des Gemeingebrauchs Nutzender, und denen, in denen er ein Sonderberechtigter ist.

Gegenüber dem gemeinen Gebrauche wird von einem wichtigen Teil der Literatur[1] vertreten, daß es kein allgemeines Vorzugsrecht auf das für die Ausübung der Sonderberechtigung erforderliche Wasser gebe; es sei vielmehr unter gegenseitiger Rücksichtnahme nach dem Grundsatz der Gemeinschaft zu teilen, wenn es nicht zur vollständigen Befriedigung aller ausreiche. Darüberhinausgehende und insoweit den gemeinen Gebrauch einschränkende Befugnisse können nur in Anspruch genommen werden, wenn sie zum Inhalt der verliehenen Rechtsposition gemacht worden sind. Ein solches Vorzugsrecht kann auch ersessen, bzw. durch unvordenkliche Verjährung vermutet werden; es muß dann aber äußerlich erkennbar geworden sein, beispielsweise durch eine erfolgreiche Inanspruchnahme gegenüber gemeinen Gebrauch üben den Oberliegern[2]. Die gleichen Grundsätze werden hierzu auch von der Rechtsprechung vertreten[3]; zu anderen Ergebnissen kommt sie - wie auch die Literatur -, sobald es um die Behandlung der den Mühlen zukommenden Stellung geht. Bei ihnen wird das Problem des Zuflusses von Wasser in Schrifttum und Judikatur - aus verständlichen Gründen - viel behandelt; die Ergebnisse müssen auch hier dargestellt werden, da verschiedentlich unwidersprochen die Ansicht vertreten wird, die auf diesem Gebiet entwickelten Grundsätze gälten auch für jeglichen anderen die Wasserkraft nutzenden Gebrauch.[4]

---

1) Hesse in Iher.JB.Bd.VII,S.265; Schwab, S.107; v.Holzschuher,S.95; Mittermaier I,§239, S.650.
2) RGZ 8,134.
3) Seuff.Arch.16 Nr.7; 22 Nr.197; 26 Nr.255; 27 Nr.204; 30 Nr.114; 31 Nr.107; 47 Nr.261; RGZ 15,183.
4) Endemann, S.40f.; RGZ 18,256.

Die Literatur und Rechtsprechung billigen dem Müller in der Regel[1] einen Anspruch auf Wasser in dem für den zugelassenen Umfang der Mühle erforderlichen Bedarf zu; Dabei dient als Stütze ALR II 15 §246, in dem es heißt, daß einer schon vorhandenen Mühle ein Nachbar, durch dessen Grundstück das zu ihrem Betrieb benötigte Wasser fließt, ihr dieses nicht entziehen darf. Bei Wasserknappheit wird der Müller aber auf den Grundsatz der Gemeinschaft[2] verwiesen. Dieser Ansicht ist auch Hesse[3], allerdings nur, solange dem Müller Gemeingebrauch gegenüberstent; anderen Sonderberechtigten gegenüber billigt er ihm aufgrund der Verleihung ein Recht auf Zufluß zu, da nach seiner Ansicht der Gedanke der Gemeinschaft im Verhältnis der Sonderbegünstigten zueinander, die jeder einen eigenen, unabhängigen Rechtstitel besitzen, fehl am Platze ist. Hesse ist sich jedoch mit der überwiegenden Literatur[4] wieder darin einig, daß dem "konzessionierten Müller", also demjenigen, dem für seine Anlage eine obrigkeitliche Genehmigung erteilt worden ist, gegenüber dem Gemeingebrauch ein Vorzugsrecht zustehe. Ein solches wird von Mittermaier und von Holzschuher[5] unter Hinweis darauf, daß die Genehmigung keine Rechtsgrundlage sei, nur zugestanden, wenn es Inhalt der Verleihung ist. Die ausdrückliche Verleihung der Bevorzugung fordert auch ein Teil der Rechtsprechung[6], bisweilen wird auch ohne sie dem Müller zugebilligt, stets einen Anspruch auf Wasser im Rahmen seines Bedarfs vor anderen Benutzern zu haben[7], zum Teil wurde die Vorrangstellung auch wieder an das Vorhandensein der polizeilichen Genehmigung geknüpft[8].

---

1) Mittermaier I,§239; v.Holzschuher, §95; Str.A 75,253.
2) Vgl. oben S.154 f. und S.155 Fußnote 2.
3) Hesse in Iher.Jb.Bd.VII,S.264.
4) Hesse in Iher.Jb.Bd.VII,S.263; Endemann,S.40;Schwab,S.103.
5) Mittermaier I,§239; v.Holzschuher,S95,105.
6) Seuff.Arch.16 Nr.7; 30 Nr.114; 33 Nr.2; Gruchot 25,1052.
7) Ob.Tr. in Str.A.75,250.
8) Ob.Tr.7,188; 27,46.

Stärker durch das gleiche Gewicht der Rechtsgrundlagen beeinflußt waren die Anschauungen hinsichtlich des Verhältnisses mehrerer Sonderberechtigter zueinander. Hier wurde angenommen, daß, falls nicht die Rechtsgrundlagen etwas Abweichendes enthielten, der jeweilige Oberlieger auch bei Wassermangel das Dargebot insoweit nutzen durfte, wie es dem Umfang seines Gebrauchs entsprach, daß er aber dem Unterlieger weder darüberhinaus Wasser entziehen, noch ihm die Ausübung seiner Nutzung ungebührlich vorenthalten durfte; insoweit griff wieder der Grundsatz der Gemeinschaft ein[1]. Diese bessere Position des Oberliegers war kein Recht, sondern rührte allein aus seiner natürlichen Vorrangstellung her. Es bietet sich also im Ergebnis das gleiche Bild wie bei den Nutzungen aufgrund des Eigentums.

Eine Sonderstellung wird auch hier wieder den Mühlen zuerkannt, allerdings nicht untereinander, sondern nur, soweit sie mit anderen Sonderberechtigten, wie z.B. Wasserentnahmebefugnissen, in Berührung kamen; ihnen wurde in der Ausnutzung ihrer Anlagen der Vorrang, auch gegenüber Oberliegern, eingeräumt[2], wobei wegen ALR II 15 §246 eine besondere Verleihung des Rechts auf uneingeschränkten Zufluß von Betriebswasser nicht erforderlich war. Eine Modifizierung trat nur ein, wenn auch anderen Begünstigten ein derartiges Recht auf Zufluß gewährt war. Um die Nachteile dieser Auffassungen für diejenigen, die zur Wasserentnahme für Bewässerungszwecke berechtigt waren, einzuschränken, wurde bisweilen in Gesetzen eine zeitliche Ordnung der Benutzungen vorgesehen[3].

cc) Der Rechtsschutz der Begünstigten

Auch die Beachtung aller oben genannten Grundsätze vom Staat vor der Verleihung einer neuen besonderen Rechts-

---

1) Seuff.Arch. 2 Nr.9,144; 24 Nr.137.
2) Hesse in Iher.Jb.Bd.VII,S.264.
3) So §§11,12 eines kurhessischen Gesetzes vom 28.10. 1834; kurhess.GS.,S.156.

grundlage vermag Störungen, deren Mannigfaltigkeit bereits angerissen wurde[1], am Benutzungssystem nicht für alle Zukunft auszuschließen. Daher ist auch für die durch staatliche Verleihungsakte Begünstigten das Vorhandensein eines Rechtsschutzes zur Verteidigung der ihnen gewährten Stellung unverzichtbar. Dieser Schutz weist noch keine Übereinstimmung mit den Abwehr- und Unterlassungsansprüchen im heutigen System von selbständigem und komplementärem Nachbarrecht auf; dies nicht nur mangels wasserrechtlicher Spezialgesetze, sondern wegen der vor allem im gemeinen Recht starken Vorherrschaft römisch-rechtlicher Institute. Da die Ausgestaltung dieses Rechtsschutzes für die in Rede stehenden Benutzungsrechte auch bei deren Aufrechterhaltung ohne Bedeutung ist, seien hier nur einige Grundlinien aufgezeigt.

Ausgangspunkt - und bedeutender Unterschied zur heutigen Rechtslage - war die Tatsache, daß dem Begünstigten ein Privatrecht zustand. Gegen Beschränkungen seiner Stellung konnte er sich daher vor den ordentlichen Gerichten zur Wehr setzen. Die Art der Klage bestimmte sich nach der Natur des in Anspruch genommenen Rechts. Da den verliehenen Gerechtigkeiten liegenschaftlicher Charakter beigemessen wurde - daher auch früher Gewere, später Besitz an ihnen anerkannt waren -, kamen vor allem possessorische, aber auch petitorische Klagen, hier vor allem die analoge Anwendung der konfessorischen und negatorischen in Betracht[2]. Diese Möglichkeiten standen dem Berechtigten auch gegenüber dem Staat zu, was jedoch für das gemeine Recht nicht überall anerkannt wird[3]. In diesem Rechtsgebiet bestand auch Uneinigkeit darüber, ob den Sonderberechtigten nur Servitutenklagen - also solche aus dinglichen Rechten -[4], oder auch die im römischen Recht

1) Oben S.154.
2) Endemann, S.35.
3) Treuenfels, S.39.
4) So Treuenfels, S.40.

für den Schutz des Gemeingebrauchs entwickelten, ursprünglich mit popularer Natur ausgestatteten verschiedenen Interdikte zustanden[1].

d) Andere durch staatlichen Hoheitsakt erreichte Positionen

Mit den besprochenen Rechtsgrundlagen war der staatliche Einfluß auf die außerhalb des Gemeingebrauchs geübten Tätigkeiten noch nicht vollends erschöpft. Die Hoheitsakte, die darüberhinaus noch wahrgenommen werden konnten, unterscheiden sich jedoch grundlegend von den genannten Gewährungen von Nutzungsrechten: sie sind nicht mehr selbst die Rechtsgrundlage eines Gebrauchs, sondern sie lassen eine solche, auf einem anderen Recht fußende, durch ihr Hinzutreten zu einem besonderen Titel werden, der dann jedermann gegenüber wirksam ist.

Aus diesem Grunde weisen die Hoheitsakte auch keinerlei Ähnlichkeit mit der heutigen Gebrauchserlaubnis als Gegenstück zu der ein subjektiv-öffentliches Recht gewährenden Bewilligung auf. Die Gebrauchserlaubnis ist Rechtsgrundlage einer Benutzung; sie hat ihren Ursprung - wie bereits mehrfach sichtbar wurde - teils in der Übertragung regaler Nutzungsrechte, teils in der Genehmigung von Anlagen. Sie steht daher nicht außerhalb des Rahmens der Rechtsgrundlagen, die der Staat auch im Untersuchungszeitraum erteilen konnte; die staatlichen Gewährungsmöglichkeiten sind durch ihr Auftreten nicht grundsätzlich erweitert, sondern nur unterteilt und mit verschiedener rechtlicher Wirkung ausgestattet worden. So erklärt es sich, daß im Untersuchungszeitraum ein der Gebrauchserlaubnis entsprechendes Rechtsinstitut nicht gegeben ist.

Ein zu einer Rechtsgrundlage hinzutretender Hoheitsakt war die staatliche Bestätigung der vor allem im Gebiet des ALR häufigen Rezesse[2]. Diese enthielten zwar meist

---

1) Endemann, S.35.
2) Oben S.134, 167.

Unterhaltungsregelungen, wiesen bisweilen aber auch Absprachen über die Eigentumsverhältnisse auf - mit den entsprechenden Folgen für die Benutzungen. Die Rezeßbestätigung ließ die zwischen den Grundstückseigentümern getroffene Vereinbarung unwiderruflich und zu einem Verwaltungsakt werden, mit der Folge, daß nicht nur die Unterhaltungsverpflichtung eine öffentlich-rechtliche wurde, sondern auch jeder Besitznachfolger der beteiligten Grundstücke alle anderen Rezeßvereinbarungen auch ohne deren Eintragung im Grundbuch für und gegen sich gelten lassen mußte.

3) Nur zwischen den Beteiligten wirksame Rechtsgrundlagen

Nur inter partes verbindlich sind solche Benutzungsrechte, die auf vertraglicher Vereinbarung beruhen. Sie können lediglich in dem Umfang wirksam sein, in dem der Bewilligende über die Nutzung verfügen konnte. Das bedeutet, daß ihre Begründung lediglich auf die privaten Gewässer beschränkt war; an den öffentlichen Wassern waren rechtsgeschäftliche Vereinbarungen zwar auch zulässig und wirksam, jedoch nur soweit in ihnen die durch Hoheitsakt besonders Berechtigten ihr Verhältnis zueinander vertraglich näher ausgestalteten, denn der Erwerb von Benutzungsrechten war hier allein durch die staatlichen Verleihungsakte sowie durch Ersitzung bzw. unvordenkliche Verjährung möglich.

Die Einräumung eines Nutzungsrechtes, bzw. die Regelung der Beziehungen zwischen Sonderberechtigten geschah in Form der Bestellung einer Grunddienstbarkeit oder einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit. Die von den einzelnen Rechtssystemen an die Verträge gestellten Anforderungen wurden bereits erörtert.

Solche nur zwischen den Berechtigten wirkenden Grundlagen zum Erwerb eines Nutzungsrechts oder dessen Ausgestaltung

konnten nicht nur vertraglich begründet, sondern im Untersuchungszeitraum auch noch ersessen oder für den Begünstigten aufgrund unvordenklicher Verjährung vermutet werden. Auch hierzu sind die Einzelheiten bereits dargestellt worden.

Inhalt und Umfang der solcherart erlangten Benutzungsrechte ergaben sich aus den Einzelheiten der Verträge, bzw. der Art der ständigen Wahrnehmung der Tätigkeiten.

4) Die Behandlung älterer Gewässerbenutzungen

Wie bereits besprochen enthalten die Kodifikationen von ALR und NBGB, bzw. BL, die das Problem der Behandlung älterer Rechte vor allem betrifft, keine besonderen Vorschriften darüber, ob und wie die bereits vor ihrem Inkrafttreten begründeten Gewässerbenutzungen aufrechterhalten werden. Den von diesen Gesetzbüchern aufgestellten Grundsätzen läßt sich jedoch folgendes entnehmen:

Eine Benutzung durfte unter den neuen Kodifikationen nur dann weiter ausgeübt werden, wenn der Erwerb ihrer Rechtsgrundlage bei Inkrafttreten der neuen Gesetze abgeschlossen war und die Berechtigung auch von diesen anerkannt, d.h. nicht etwa aufgehoben oder umgebildet wurde.

Vor der Geltung von ALR und NBGB, bzw. BL wurde in diesen Gebieten das gemeine Recht geübt. Da die neuen Kodifikationen die gleiche Möglichkeit hoheitlicher Gewährung von Benutzungsrechten wie das gemeine Recht, nämlich die regale Verleihung, kannten, war die weitere Ausübung der auf dieser Grundlage fußenden Tätigkeiten zulässig. Im Gebiet des ALR konnte das theoretisch zur Folge haben, daß an einem Privatfluß eine Benutzung aufgrund einer - vor 1794 erteilten - Verleihung ausgeübt wurde; ein praktischer Fall ist allerdings nicht bekannt.

4. Abschnitt: Gewässereinteilung, -eigentum und -benutzung in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts

A: Einführung

Um die Mitte des 19. Jahrhunderts erscheinen, zunächst vereinzelt, in den folgenden Jahrzehnten dann in immer größerer Zahl, im Untersuchungsgebiet Spezialgesetze ausführlichen wasserwirtschaftlichen Inhalts.

Als Schöpfung des gemeinen Rechtskreises ist am bedeutendsten das Gesetz über die Benützung des Wassers (WBG) vom 28.5.1852, das im Zusammenhang mit zwei weiteren Wassergesetzen im Königreich Bayern steht[1]. Mit ihm, das alle abweichenden Bestimmungen in bestehenden Gesetzen und Verordnungen aufhob, gilt zum erstenmal ein Wassergesetz einheitlich in allen drei Rechtsgebieten des Königreiches: dem gemeinrechtlichen Kernland, der Rheinpfalz mit dem code civil als allgemeinem Gesetz und den Fürstentümern Ansbach und Bayreuth, in denen das ALR in Kraft war.

Schon etwas vor der Zeit des WBG hatte der preußische Gesetzgeber das Gesetz über die Benutzung der Privatflüsse (Privatflußgesetz) vom 28.2.1843 erlassen[2]. Es trat in Kraft im gesamten Gebiet der Monarchie in ihrem im Jahre 1815 erhaltenen Umfang, soweit als allgemeines Gesetz das ALR angewendet wurde; erst durch eine Verordnung vom 9.1. 1845 wurde es auch in den Rheinlanden eingeführt[3], wo es die seine Materie betreffenden Regelungen des NBGB außer Kraft setzte. Das Privatflußgesetz galt somit innerhalb Preußens nicht in Schleswig, Holstein, Lauenburg, Hannover,

1) Oben, S.62.
2) Oben, S.46.
3) Oben, S.46.

Hessen-Nassau, Hohenzollern und dem Kreise Siegen[1].

Die von den anderen Ländern in dieser Zeit erlassenen Wassergesetze[2] stehen an Bedeutung im allgemeinen zurück; einerseits enthielten sie meist keine umfassenden Regelungen, andererseits wurden sie - soweit in den 1866 mit Preußen vereinigten Ländern noch vor diesem Zeitpunkt erlassen - durch die neue Gesetzgebung teilweise wieder abgeändert. Folgende Spezialgesetze in den nicht preußischen Ländern verdienen allerdings, hervorgehoben zu werden: im gemeinrechtlichen Gebiet ein Wassergesetz vom 19.12.1851 und eines vom 20.6.1876 für das Herzogtum Braunschweig[3], die Wasserordnung für das Herzogtum Oldenburg vom 20.11.1868[4], des weiteren das Bachgesetz vom 30.7.1887 und das Dammbaugesetz vom 14.6.1887 - beide gültig im Großherzogtum Hessen-Darmstadt[5] - sowie die Bremische Wasserordnung vom 27.12.1878[6]; zum Rechtsgebiet des code civil gehören schließlich das Wassergesetz vom 20.6.1876 für das Großherzogtum Baden[7]. Fast alle diese Gesetze sind erst im letzten Viertel des 19. Jahrhunderts erlassen worden.

Neben diesen Kodifikationen beeinflußten noch einige andere, nicht speziell wasserrechtliche Gesetze die nähere Ausgestaltung der Gewässerbenutzungen, so beispielsweise in Preußen ein Gesetz über die Eintragung von Grunddienstbarkeiten vom 5.5.1872[8].

Privatflußgesetz und WBG stehen damit nicht nur am Anfang, sondern sind auch die hervorragenden Wassergesetze dieses Zeitraumes. Gegenüber den in den vorangegangenen

---

1) In Siegen wurde statt seiner die Wiesenordnung vom 28.10.1846 erlassen; vgl. oben, S.56, 100.
2) Vgl. oben, S.48-73; die Gesetze sind abgedruckt bei Frank, S.90-309.
3) Oben, S.71 f.
4) Oben, S.68 f.
5) Oben, S.57.
6) Oben, S.70.
7) Oben, S.59.
8) GS.,S.433; HKS II,§379 Anm.8),S.599.

Jahrzehnten angewendeten Regelungen bringen sie keine grundlegenden Veränderungen, sondern kodifizieren vielmehr vor allem die in der Praxis schon bestehenden Zustände an den Gewässern. Dabei zeigt das WBG zum erstenmal ein abgeschlossenes "gemeinrechtliches" Wasserbenutzungssystem auf, bestätigt die im vorangegangenen Abschnitt dargestellten Grundsätze, entwickelt sie aber gleichzeitig weiter fort. Römisch-rechtliche Vorschriften sind seit seinem Inkrafttreten in Bayern nicht mehr subsidiär anzuwenden.

B: Die Gewässereinteilung und die Eigentumsregelung

Sowohl das Privatflußgesetz wie auch das WBG beruhen auf der Unterteilung der Gewässer in öffentliche und private; beide Kodifikationen lassen die von ihnen angetroffene Zuordnung, wie sie für das Privatflußgesetz durch das ALR und für das WBG durch den Codex Maximilianeus Bavaricus civilis (bayerisches Landrecht) geschehen ist, unverändert - von einigen auf Verfeinerung der Gesetzestechnik beruhenden Ausnahmen im WBG abgesehen. Auch hinsichtlich der Eigentumsregelung und der Auffassung dieses Begriffes wird an die bestehenden Zustände angeknüpft; für das WBG bedeutete das vor allem, daß, da es selbst keine klare Entscheidung trifft, der Theorienstreit über den Inhalt des "Staatseigentums"[1] an den öffentlichen Gewässern weitergeführt wird. Beide Gesetze lassen sich jedoch nicht gemeinsam betrachten, da sie sich voneinander durch ihre Zielrichtung grundlegend unterscheiden: das Privatflußgesetz ist zur Lückenausfüllung für einen vom ALR bereits abschließend umgrenzten Gewässerkreis eingesetzt[2],

1) Diese Bezeichnung war allmählich für das Eigentum an den öffentlichen Gewässern gebräuchlich geworden; vgl. oben S.126 Fußnote 1.
2) Vgl. oben S.37 Fußnote 3.

dessen Belange es konform mit dem allgemeinen Gesetz und anknüpfend an die für seinen sachlichen Geltungsbereich bisher geübte gemeinrechtliche Praxis regelt, während das WBG ein eigenständiges, umfassendes Gesetz ist.

I: Die Regelungen im preußischen Privatflußgesetz

Wie sein Name bereits sagt, bezieht sich dieses Gesetz nur auf Privatflüsse. Deren Kreis ist ihm durch die Eingrenzung dieser Gewässer in ALR II 14 §21, II 15 §39 und I 9 §176 bereits abschließend vorgegeben[1]. Das Privatflußgesetz selbst enthält daher über seinen sachlichen Geltungsbereich lediglich in §1 eine kursorische Bestimmung, die als kurzgefaßtes Ergebnis aus den obigen Vorschriften zu sehen ist, in Zusammenhang mit diesen jedoch die erforderliche Klarheit schafft. Als Privatflüsse gelten daher alle nicht bereits von Natur aus schiffbaren, in festen Betten fließenden oberirdischen Gewässer (in §1 Quellen, Bäche und Fließe genannt), wozu auch die Seen mit einem Abfluß gehören. Wesentlich dabei ist, daß sie nicht nur einen einzigen Eigentümer haben.

Über die Zuordnung dieser Wasserläufe zu den öffentlichen oder privaten enthält das Gesetz keinerlei Bestimmungen; vielmehr nimmt es deren Einteilung zu den nicht öffentlichen Gewässern durch das ALR als gegeben hin und trifft seine Regelungen auf diesem Boden. Eine Änderung in der Gewässereinteilung ergibt sich jedoch in den Rheinlanden nach der dortigen Einführung des Privatflußgesetzes am 9.1.1845: die von seiner Definition eingegrenzten Wasser gehörten dort bis dahin sowohl zu den privaten - die unter Art. 641-643 NBGB fallenden - als auch zu den öffentlichen Gewässern - die von Art. 714 NBGB erfaßten[2]. Die Anwendung des preußischen Einteilungsschemas in diesem

1) Oben S.111.
2) Oben S.106.

Bereich ließ nunmehr auch die letzteren der Bezeichnung nach zu Privatgewässern werden. Die Einführung des Privatflußgesetzes führte damit zwar auch hier zur Begründung privatrechtlicher gesetzlicher Benutzungsrechte der Anlieger, sie verschaffte diesen aber kein Privateigentum an den Wasserläufen. Der Grund dafür ist, daß das Privatflußgesetz zum Eigentum und der Bestimmung des Rechtssubjekts keine Vorschriften enthält. So ist im Untersuchungszeitraum Nieberding[1] der Ansicht, die Gewässer des Gesetzes seien dem Eigentumsrecht nicht unterworfen; die Substanz des Wassers sei eigentumsunfähig; innerhalb des privaten Rechtsbereiches liege lediglich die Nutzung und die durch sie bedingte Verfügung über das Wasser. Diese Meinung wird in Literatur und Rechtsprechung durchaus nicht geteilt[2] und auch vom Verfasser aus folgenden Gründen abgelehnt: Soweit das Privatflußgesetz keine Regelungen trifft, muß auf das ALR zurückgegriffen werden. Diesem ist in II 15 §39 und auch in II 15 §41 - der von Nieberding zur Stützung seiner Ansicht angeführt wird - zu entnehmen, daß die Privatflüsse einen Eigentümer haben. Träger des Rechts müssen die Personen sein, denen die Ufergrundstücke gehören und denen vom Privatflußgesetz die Nutzung zuerkannt wird - besonders klar in §§1, 14 benannt. Folgte man Nieberding, so müßten Eigentümer der Gewässer nicht diese Personen, sondern irgendwelche Dritte sein. Daß daran der Gesetzgeber aber gar nicht gedacht hat, zeigt die ausdrückliche Respektierung der Ausnahme des ausschließlichen Eigentums eines Dritten am Fluß (§1 Privatflußgesetz).

Was Inhalt und Umfang des Eigentums anbelangt, enthielt das Privatflußgesetz keine näheren Angaben; es ist daher die in ALR I 8 §§9-11 gegebene Eigentumsdefinition zugrunde gelegt worden[3], die für die "Privatflüsse" nun-

1) Nieberding - Frank, S.67.
2) Oben S.129.
3) Oben S.116 f., 129.

mehr auch im Rheinland Eingang fand. Auch an den hier ehemals zu Art. 714 NBGB gehörenden öffentlichen Gewässern erstreckte sich nunmehr das Recht der Ufereigentümer bis zur Mittellinie des Flußes; diese Abgenzung legt das Privatflußgesetz seinen Regelungen zugrunde, wie sich aus § 14 ergibt. Ob als seitliche Gewässergrenze jetzt auch in den Rheinlanden der "preußische" mittlere Wasserstand gilt oder ob es beim Kriterium des höchsten Wasserstandes verbleibt, wird wohl zugunsten des letzteren zu entscheiden sein, ist aber aus den Gesetzen nicht zweifelsfrei ersichtlich, offenbar auch nie Gegenstand eines Rechtsstreites gewesen und hier ohne praktische Bedeutung.

II: Die Regelungen im bayerischen WBG von 1852

Das aus acht Abteilungen bestehende Gesetz behandelt in der ersten die als "Staatsgut" bezeichneten öffentlichen und in der zweiten die privaten Gewässer.

1) Die Gewässereinteilung

Festhaltend an der Unterteilung der Gewässer in öffentliche und private hat das WBG als Zuordnungskriterium bei den Wasserläufen deren Schiff- und Flößbarkeit gewählt[1].

a) Die öffentlichen Gewässer

Gemäß Art. 2 WBG gehören zu den öffentlichen Gewässern zunächst die öffentlichen Flüsse: dieses sind die Wasserläufe, die und soweit sie der Schiff- und Floßfahrt dienen (Art. 2 I) - auch wenn sie zu diesem Verkehr nicht mehr bereitstehen (Art. 2 III)[2] - und die Nebenarme (nicht Nebenflüsse!) solcher Flüsse, auch wenn auf ihnen selbst

---

1) Vgl. oben S.104.
2) Für diese war also - im Gegensatz zu den Kanälen und Seen - ihre Eigenschaft als öffentliche garantiert; vgl. RS, Randnr. 4 zu Art. 3 WG 1907, S.75f.

keine Schiff- oder Floßfahrt stattfindet, soweit nicht entgegenstehende Rechte an ihnen erworben sind (Art. 2 II). Sodann zählen hierher nach Art. 8 die Kanäle, soweit sie vom Staat errichtet und von der Regierung dem freien Gebrauch eröffnet sind. Im Gesetz nicht erwähnt, von der Literatur[1] aber dazugerechnet werden auch die von Privaten im öffentlichen Interesse errichteten Kanäle, soweit sie durch die Staatsregierung dem freien Gebrauch aller eröffnet worden sind. Schließlich sind nach Art. 7 noch Seen und sonstige stehenden Gewässer als öffentliche zu betrachten, wobei sich deren nähere Bestimmung nach den bestehenden Rechtsverhältnissen richten soll. Einen Anhaltspunkt bezüglich der Seen gibt eine sich bei Kreittmayr[2] findende altbayerische Observanz des Inhalts, daß nur die größeren, zugleich der Kammer einverleibten, mit eigener Seeordnung und Seerichtern versehenen Wasser öffentliche sind[3]. Des weiteren begründet auch die unvordenkliche Verjährung eine entsprechende Vermutung[4]. Im Zweifelsfall wird ein See allerdings immer als Privatgewässer anzusehen sein[5]. Was mit den "sonstigen stehenden Gewässern" gemeint sein sollte, war bestritten. Einmütig[6] werden hierunter die Altwässer öffentlicher Flüsse verstanden, die, außerhalb von deren Uferlinien liegend, keine oberirdische Verbindung mehr mit diesen haben. Gatterbauer[7] rechnet zu ihnen auch noch andere geschlossene Gewässer, wie z.B. Teiche und Weiher, da für deren Zuordnung zu den Privatgewässern durch Art. 33 I WBG nur eine praesumtio iuris, sed non de iure bestehe, wie die Formulierung "soweit nicht entgegenstehende Rechte

---

1) Pözl, S.104f.; Gatterbauer, S.14.
2) Kreittmayr, Anm.4n zu Bayer.Landr.T.II,Kap.1,§5.
3) Nur bei Ammer-, Chiem-, Kochel-, Staffel-, Starnberger- und Walchensee.
4) Gatterbauer, S.13 m.w.N.
5) Reuß,Anm.zu Art.7 I,S.27, mit dem Beisp. d.Schliersees
6) Pözl,S.84 (1.Aufl.); Reuß,Anm.zu Art.7 I,S.27; Gatterbauer, S.13f.
7) Gatterbauer, S.14.

erworben worden sind" erkennbar mache.

b) Die Privatgewässer

Von der Mehrheit der Literatur[1] werden jedoch alle geschlossenen Gewässer - soweit sie nicht öffentliche Seen sind - grundsätzlich zu den Privatgewässern gezählt und die "sonstigen Gewässer" in Art. 7 I nur als Auffangvorschrift gesehen. Das ergibt die weit gefaßte Formulierung des Art. 33 I Ziff. 1, die mit den Worten "in Teichen, Cisternen, Brunnen und anderen Behältern" sämtliche stehenden Gewässer beschreiben will, gleichgültig ob sie eine künstliche oder natürliche Einfassung haben und unbeschadet ihrer Größe[2]. Nach Art. 33 I sind weiterhin noch auf dem Grundstück entspringendes (Quellen) oder sich darauf natürlich sammelndes Wasser (Regenwasser) vor seinem Abfluß sowie künstlich angelegte Wasserleitungen und Kanäle Privatgewässer. Der Begriff des Kanals ist hier sehr weit auszulegen und bezeichnet sowohl Stadtgräben wie auch bloße Rinnen[3]. Unerheblich ist die Herkunft seines Wassers[4].

Die zweite - die privaten Wasser behandelnde - Abteilung des WBG hat zwei Abschnitte; mit Art. 33 sind nur die Privatgewässer des ersten beschrieben. Der zweite, beginnend mit Art. 39, enthält die Regelung der Privatflüsse. Hierzu gehören, in Entsprechung zu Art. 2, alle Flüsse und Bäche, die weder zur Schiffahrt noch zur Flößerei mit gebundenen Hölzern dienen. Auch die sogenannten Staatsprivatflüsse in Art. 40 gehören, obwohl in mancher Beziehung mehr den öffentlichen Wasserläufen entsprechend behandelt, hierher. Die Trift mit Holz auf einem Flusse hat auf seine Zuordnung keinen Einfluß (Art. 66).

---

1) Reuß, Anm.zu Art.33 I Ziff.1,S.66; Pözl,S.98.
2) Pözl,S.98; daher rechnen auch Seen hierzu, vgl.oben S.213 Fußnote 5.
3) Reuß,Anm.zu Art.33 I Ziff.3,S.68; Pözl,S.100ff.
4) Gatterbauer, S.14 m.w.N.

2) Die Eigentumsregelung

Unter dem Eigentum wird - wie u.a. aus Art. 34 hervorgeht - im WBG die grundsätzlich unbeschränkte und ausschließliche Verfügungsbefugnis über eine Sache verstanden[1]. Die Anwendung dieses Begriffs bei den öffentlichen und privaten Gewässern zeigt allerdings große Unterschiede.

a) Die öffentlichen Gewässer

Das beginnt bereits damit, daß die öffentlichen Gewässer in Art. 1 I als "Staatsgut" bezeichnet werden. Hier tritt noch deutlich zutage, daß die res publicae gemeinrechtlich res extra commercium und extra patrimonum waren[2] und so auch im Bayerischen Landrecht in Teil II, Kap. 1, §5 als eigentumslos behandelt wurden. Trotz Vorbehalts der Landeshoheit an ihnen durch den Staat und in der Literatur[3] aufkommender Ansicht vom Staatseigentum an den öffentlichen Gewässern vermochte sich der Gesetzgeber des WBG nicht zu entscheiden und wählte die bisweilen als unglücklich empfundene Bezeichnung[4] "Staatsgut". Damit konnte zweifelhaft sein, ob die Gewässer einen zivilrechtlichen Eigentümer haben sollten oder nicht. In den Motiven zum WBG[5] wird ausgedrückt, daß mit diesem Begriff einerseits die römische Auffassung der Gewässer als res omnium communes festgehalten werden sollte, jedoch mit der Möglichkeit staatlicher Beschränkung des Gemeingebrauchs, daß aber andererseits angestrebt wurde, sie als Staatseigentum im Sinne von Art.538 CC anzusehen, welches mit einem fiskalischen Privateigentum keinerlei Ähnlichkeit aufweisen sollte. Die Literatur hat sich lebhaft um eine genauere Standortbestimmung bemüht, wobei zunächst die Vertreter der Hoheitstheorie[6] überwogen, de-

---

1) Vgl. auch oben S.124.
2) Oben S.124 ff.
3) Oben S.126 Fußnote 1
4) Kaisenberg, S.40.
5) in Reuß, Anm.zu Art.1.
6) Oben S.113 f.

nen zufolge die öffentlichen Gewässer privatrechtlich herrenlos und allein dem öffentlichen Recht unterworfen sein sollten[1]. Mehr und mehr setzte sich dann in Schrifttum[2] und Rechtsprechung[3] die Eigentumstheorie durch, nach der der Staat als zivilrechtlicher Eigentümer der öffentlichen Gewässer anzusehen ist.

Die Gründe wurden vor allem in der Art des Uferrechts des WBG gesehen. Hier spricht am deutlichsten für die Eigentumstheorie und steht römisch-rechtlichen und noch im gemeinen Recht geübten Ansichten[4] entgegen die Vorschrift des Art. 28 I WBG, nach der Erderhöhungen, welche sich, außer Zusammenhang mit dem festen Land, in einem öffentlichen Flusse über den mittleren Wasserstand erheben (Inseln, Werder, Wörthe), in Ermangelung entgegenstehenden besonderen Herkommens oder ausdrücklicher Verleihung eines Anrechts Eigentum des Staates sind. Aus dieser Bestimmung geht auch hervor, daß maßgebend für die seitliche Begrenzung der Gewässer nunmehr der mittlere Wasserstand ist. Was die Änderungen des Gewässerbettes betrifft, so geben die Artt. 23, 25 und 29 bis 31 Auskunft. Grundsätzlich läßt sich sagen, daß Anwachsungen dem jeweiligen Ufereigentümer zugute kommen und abgerissenes Land solange im bisherigen Eigentum verbleibt, bis es sich erneut festgesetzt hat. Künstliche Verlandungen werden gemäß Art. 25 Eigentum der Unternehmer. Aus Art. 27 wird der Umfang des Eigentums sichtbar: wenn ein Fluß sein Bett auf Dauer verläßt, bleibt dieses im Eigentum des Staates, soll aber zur Entschädigung der durch den neuen Wasserlauf betroffenen Grundstücke verwendet werden. Daß das Staatseigentum Wasser und Bett umfaßt, wird auch von der Literatur anerkannt[5], dies bisweilen auch mit Art. 1 I begründet,

---

1) Vor allem Pözl, 1.Aufl.,S.21.
2) Pözl (in Revidierung seiner alten Auffassung),S.49; Becher,S.273 Note 1;S.1049; Oertmann,S.404.
3) Sammlung von Entscheidungen des bayerischen Verwaltungsgerichtshofs,25,S.136; Oberst GH in Civ.S.,Bd.VI,S.55,

der die "öffentlichen Gewässer" - die aus Wasser und Bett bestehen - dem Staatseigentum zuschreibt, daraus aber gleichzeitig gefolgert, daß nur die Totalität von Wasser und Bett gemeint, die einzelne fließende Welle jedoch wiederum res omnium communis und herrenlos sei[1].

b) Die Privatgewässer

Gänzlich anders die Problematik bei den Privatgewässern, in der zweiten Abteilung behandelt: ihren ersten Abschnitt leitet Art. 33 ein, der in seinem Absatz 1 die Gewässer aufzählt, die zum "Privateigentum des Grundbesitzers" gehören; der zweite Abschnitt (die Privatflüsse regelnd) enthält zwei Fallgruppen: in Art. 39 die Flüsse, die "Zubehör der Grundstücke" sind, durch welche sie hindurchfließen und in Art. 40 die unabhängig von den Ufergrundstücken im Eigentum des Staates oder Dritter befindlichen. Trotz verschiedenen Wortlauts besteht in der rechtlichen Eigenschaft der Gewässer der Art. 33 I und 39 I kein Unterschied, sodaß Art. 33 I als Gegenpol zu Art. 1 I und leitender Grundsatz der zweiten Abteilung angesehen werden darf[2]: Alle in diesen beiden Artikeln genannten Gewässer sind "pars soli"[3] des Bodens, auf dem sie sich befinden, bzw. den sie auf ihrem Laufe berühren. Es spricht stets eine Vermutung für Eigentum des Grundeigentümers. Die Gewässer teilen, falls nicht besondere Vereinbarungen getroffen werden, das rechtliche Schicksal des Landgrundstücks: ohne besonderen Akt werden sie mit diesem erworben, ersessen oder verloren. Bei Privatflüssen, deren Ufer verschiedenen Eigentümern gehören, erstrecken sich deren Rechte nach Maßgabe von Art. 39 III bis zur Mittellinie.

Bd. XIII,S.279.
4) Oben S.128 f.
5) Becher, S.443 Note 4; Oertmann,S.120.
1) Oertmann,S.120; Roth,S.330.
2) Pözl,S.97.
3) Reuß,Anm.zu Art.33 I,S.66.

Im Gegensatz dazu stehen die **Privatflüsse** des Art. 40, wobei die Staatsprivatflüsse mehr den öffentlichen, die Wasserläufe im Eigentum Dritter mehr den anderen privaten Gewässern gleichbehandelt werden. Das Institut der Staatsprivatflüsse war in dieser Form nur in Bayern gebräuchlich; um dem Begriff Leben zu geben, seien hier die wichtigsten dieser Wasserläufe genannt: in Oberbayern die Paar und die Würm, in Niederbayern die Wern, in der Oberpfalz die Pfreimdt und die Naab von Neustadt abwärts sowie in Unterfranken die Aschaff[1]. Auch bei den Privatflüssen erstreckte sich das Eigentum auf Wasser und Bett[2].

c) Veränderungen im räumlichen Umfang des Eigentums

Die Veränderungen im räumlichen Umfang des Eigentums sind für die Privatflüsse und Bäche in Artt. 41-44 geregelt. Danach gehören Inseln je nach ihrer Lage im Wasserlauf den Ufereigentümern (Art. 44) - bei den Staatsprivatflüssen dem Staat (Art. 40 II); Uferausbreitungen durch Anspülung oder Senkung des Wasserspiegels werden gemäß Art. 42 Eigentum des Grundstückseigentümers; bei Landabriß wird laut Art. 43 wie bei den öffentlichen Gewässern verfahren und wenn sich der Wasserlauf ein neues Bett gesucht hat, so können die Beteiligten den früheren Zustand wiederherstellen; wird ein derartiger Wille nicht binnen Jahresfrist kundgetan, so sind die neuen Rechtsverhältnisse unabänderlich (Art. 41).

III: Zulässige Änderungen der gesetzlichen Eigentumsverhältnisse in Privatflußgesetz und WBG

Sowohl das Privatflußgesetz wie das WBG verwehren nicht grundsätzlich die Möglichkeit, die von ihnen aufgestellte Eigentumsordnung an den Gewässern zu verändern.

---

1) Pözl, S.122.
2) Reuß, Anm.zu Art.40 II,S.91.

Das Privatflußgesetz enthält hierüber keine Bestimmungen. Soweit zunächst ersichtlich, steht auch keine seiner Vorschriften einer Veräußerung des Gewässerstückes und der Tatsache entgegen, daß dann einem anderen als dem Ufereigentümer der Wasserlauf gehört. Nach der Ansicht Nieberdings scheidet eine solche Möglichkeit von vornherein aus[1]. Aber auch der Gesetzgeber scheint hier doch das Vermögen des Verfügungsberechtigten begrenzt zu haben. Auf einen derartigen Willen zumindest läßt schließen, daß die Möglichkeit,ein Dritter sei ausschließlicher Eigentümer des Flusses, ausdrücklich als eine durch frühere Gesetze eingeräumte Konstruktion angesehen wird.

Für das WBG muß zwischen öffentlichen und privaten Gewässern unterschieden werden. Für die ersteren gilt, daß nach dem 7.10.1852 - dem Inkrafttreten des WBG - ein schiffbarer Fluß mit seinen Nebenarmen stets ein öffentlicher bleibt[2]. Auch wenn die "allgemeine Benützung" endet, bleibt das Gewässer Staatsgut, wenngleich es dann wieder frei wird von den Belastungen, welche die res publica erforderte. Veräußerlich wird es dadurch aber nicht. Bei den privaten Gewässern ergibt sich folgendes Bild: gemäß Art. 3 konnte jeder Fluß durch die Staatsregierung oder mit deren Bewilligung in einen öffentlichen umgewandelt werden, indem er schiff- oder floßbar gemacht wurde. Für die Entziehung erhielten die Uferanlieger in keinem Fall eine Entschädigung (Art. 6). Die Befugnis des Eigentümers selbst, über das Wasser zu verfügen, hing von seiner Befugnis ab, über das Hauptgrundstück zu verfügen. Auch der Staat konnte seine ihm nach Art. 40 I gehörenden Flüsse an Privatpersonen veräußern; der anläßlich eines Prozesses geklärte Streit, ob auch nach solchem Eigentumsübergang noch Art. 40 II anzuwenden sei, der die Gleichbehandlung der Staatspri-

1) Oben S.211.
2) Reuß, Anm.zu Art.2 III,S.21.

vatflüsse mit den öffentlichen bestimmt, ist dahin entschieden worden, daß in diesem Falle die zur Förderung der öffentlichen Wohlfahrt getroffenen Beschränkungen nicht mehr eingreifen[1]. Genau umgekehrt dagegen ist es, wenn ein Privatfluß nach Art. 39 I zum Staatsprivatfluß wird. Für Dritte, die Eigentümer eines Privatflusses sind (Art. 40 I), schließt Art. 40 III allerdings nach Übereinstimmung in Rechtsprechung und Literatur[2] den Neuerwerb von Eigentum aus. Da gemäß einer Entscheidung des Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen[3] im WBG keine Abweichung von der allgemeinen Regel[4] enthalten ist, daß durch fortgesetzte Ausübung auch ein anderer als der gesetzliche Zustand erzeugt werden kann, ist an den Privatgewässern auch die Ersitzung anderer Eigentumsverhältnisse möglich.

IV: Die Behandlung alter Eigentumsverhältnisse in Privatflußgesetz und WBG

Da das Privatflußgesetz auf der vom ALR getroffenen Eigentumsordnung an den Gewässern aufbaut, macht es zum Problem der Behandlung abweichender Verhältnisse keine Angaben. Im Streitfall muß auf die Richtlinien zurückgegriffen werden, die das ALR in den Ziffern VIII bis XVII des Publikationspatentes und in den §§ 14 bis 21 seiner Einleitung aufstellt und deren Inhalt bereits behandelt wurde[5]. Die Abänderungen der Regeln des NBGB wurden ebenfalls bereits erwähnt[6].

Für das WBG ist Ausgangspunkt für die Beurteilung ihm entgegenstehender Bestimmungen der Art. 104 I, der dem vom

---

1) Pözl, S.122.
2) Oberst GH in Civ.S.Bd.VII,S.385; Reuß,Anm.zu Art.40 III,S.92.
3) Oberst GH in Civ.S.Bd.IV,S.51.
4) Oben, S.165 ff.
5) Oben, S.134 ff.
6) Oben, S.210 f.

WBG verfolgten Zweck entsprechend im gesamten Land das Wasserrecht neu und vor allem einheitlich zu regeln[1] alle abweichenden Gesetze und Verordnungen aufhob. Auch übereinstimmende Regelungen haben nach dem Grundsatz "lex posterior derogat priori" keine Kraft mehr, hingegen müssen - dem Wortlaut des Art. 104 I gemäß - auf Gewohnheitsrecht beruhende Vorstellungen und solche Rechte, deren Bestehen durch unvordenkliche Verjährung vermutet wird, als weiterhin gültig betrachtet werden. Indes vermag Art. 104 I - indem er sich nur auf das Schicksal entgegenstehender Vorschriften bezieht - lediglich etwas über die Behandlung von Rechtsänderungen zu besagen, die sich nach solchen Bestimmungen richten und noch nicht zum Abschluß gekommen sind. Mit dem WBG nicht übereinstimmende Positionen, die am 7.10.1852 bereits erworben waren, fallen also nicht unter diese Regelung. Sie bedenkt das WBG an den in Betracht kommenden Stellen jeweils gezielt. Dies ist in Art. 2 II für die Nebenarme öffentlicher Flüsse und in Art. 33 I für die dortigen Privatgewässer mit der Formulierung "soweit nicht entgegenstehende Rechte erworben sind" der Fall; damit bleiben auch vom WBG abweichende Eigentumsregelungen in Kraft, wobei der Erwerb auf Vertrag oder anderen nicht speziell durch dieses Gesetz zugelassenen allgemeinen zivilrechtlichen Titeln, z.B. der Ersitzung, beruhen kann[2]. Die Regelung entspricht also den Grundsätzen, die bereits bei ALR und NBGB auf diesem Gebiet zu erkennen waren[3]: zur Ruhe gekommene Rechtspositionen bestehen zu lassen, ihre inhaltliche Gestaltung aber - z.B. die Ausprägungen des Eigentumsbegriffs -, falls dem neuen Recht entgegenstehend, diesem zu unterwerfen (Art. 104 I). Aber nicht nur die genannten, auch alle anderen Gewässerarten werden berücksichtigt: Art. 7 weist den Seen und sonstigen stehenden

---

1) Oberst GH in Civ.S.,Bd.XI,S.71.
2) Reuß, Anm. zu Art.2 II,S.21.
3) Oben S.134 ff.

Gewässern ausdrücklich ihren auch bisher innegehaltenen Status zu, bei Art. 8 sind Hinweise nicht erforderlich, da er ohne hin nur für die öffentlichen Kanäle gilt[1], und der Art. 40 I bedeutet nichts anderes als die Feststellung, daß die bisherigen Eigentumsverhältnisse an den privaten Flüssen, die abweichend von der allgemeinen Regel (Art. 39 I) nicht den Ufereigentümern gehörten[2], aufrechterhalten bleiben. In Streitfällen darüber, ob ein Gewässer öffentlichen oder privaten Rechtscharakter besitzt, waren bei den Flüssen und Kanälen die Verwaltungsgerichte, bei den Seen und sonstigen stehenden Gewässern die ordentlichen Gerichte zuständig[3].

V: Die Regelungen der in den anderen Ländern erlassenen Wassergesetze

Diese meist ungefähr ab 1870 erscheinenden Spezialgesetze können bis auf eine Ausnahme danach unterschieden werden, ob sie im französischen oder im gemeinen Rechtsbereich erlassen worden sind.

1) Die Regelungen des badischen Wassergesetzes vom 25.8.1876

Da der badische Gesetzgeber über das Eigentum am Wasser keine Bestimmungen erlassen hat, - und auch nicht hat erlassen wollen[4] , richtet sich die Klärung dieser Gegebenheiten noch nach dem - bereits behandelten - badischen Landrecht. Die Einteilung der Gewässer dagegen ist zum Teil ausdrücklich geregelt, zum Teil ergibt sie sich aber

---

1) "Errichtet der Staat Kanäle ohne Zulassung der freien Benutzung, so sind solche keine öffentlichen Gewässer, kein Staatsgut nach Art.1 I", Reuß,Anm.zu Art.8,S.29.
2) Vgl. oben S.134.
3) Gatterbauer, S.15 m.w.N.
4) Schenkel 77,S.9.

auch wieder erst in Verbindung mit dem Landrecht; die von diesem her bekannte Dreiteilung ist dabei bestehen geblieben. Gemäß Art. 3 sind öffentlich alle bei Inkrafttreten des Gesetzes der Schiffahrt oder Flößerei mit gebundenen Hölzern dienenden Gewässer - auch wenn sie diese Fähigkeit verloren haben - sowie deren Nebenarme und die innerhalb der vorangegangenen 25 Jahre für schiff- oder flößbar erklärten Gewässer. Eine dem Satz 714 BL entsprechende Gruppe von Gewässern ergibt sich danach aus den Art. 6 und 7, die hinsichtlich der Benutzungen auf Satz 644 BL verweisen[1]. Diese Gewässer gehören niemand. Privatgewässer schließlich sind die - noch nicht erfaßten - Quellen, reiche, Seen[2], sonstigen Wasserbehälter sowie die Kanäle und anderen künstlichen Leitungen[3].

Hinsichtlich der Behandlung überkommener Eigentumsverhältnisse gelten ebenfalls noch die Richtlinien des BL[4].

2) Die Gesetze im ehemals gemeinrechtlichen Bereich

Hier sind zunächst das Dammbau- und das Bachgesetz von 1887 für das Großherzogtum Hessen-Darmstadt zu nennen, die ein einheitliches Recht im gesamten Land schaffen, das zuvor teils zum französischen, teils zum gemeinrechtlichen Bereich gehörte[5]. Wie in Elsaß-Lothringen und Birkenfeld lag auch hier den Gesetzen die Ansicht zugrunde, daß die frei fließende Wasserwelle nicht greifbar sei und daher nicht Gegenstand von Rechten sein könne, sodaß nur das jeweilige Gewässerbett eigentumsfähig war[6]. Eingeteilt wurden die Gewässer in öffentliche und private, wobei Unterscheidungsmerkmal das beständige Fließen der Wasserläufe

1) Oben S. 106, 121.
2) Mit Ausnahme des Bodensees.
3) Schenkel 77,S.7ff.
4) Oben S.134 ff.
5) Oben S.125 Fußnote 3
6) Sieglitz,S.15ff.; Kaisenberg,S.48; Kniep,S.13 m.w.N.; vgl. auch oben S.124 f., 127 f.

war[1]. Privater Eigentümer des Bettes der schiff- und flößbaren öffentlichen Flüsse war der Staat (Art. 48 Dammbaugesetz), bei den nicht schiff- und flößbaren Wasserläufen enthielt das Bachgesetz die zutreffenden Regelungen. Ausgehend vom französischen Recht sah es zunächst die Herrenlosigkeit dieser Gewässer vor (Bachgesetz a.F.)[2]. Um den Grundsätzen des BGB zu genügen, nach denen jede Sache, an der ihrer Natur nach Privatrechte möglich sind, auch eigentumsfähig ist, wurde durch Art. 282 des Gesetzes die Ausführung des BGB betreffend vom 17.7.1899 mit Wirkung vom 1.1.1900 das Bett dieser Wasserläufe in das Eigentum des Inhabers der durchflossenen Gemarkung gestellt (Art. 2 I Bachgesetz n.F.)[3]. Eigentümer waren somit in der Regel die Gemeinden, in gemarkungsselbständigen Gebieten aber auch der Grundeigentümer[4]. Das Wasser in Teichen, Zisternen, Brunnen und anderen Behältern, das Quellwasser sowie die künstlichen Wasserläufe und Kanäle standen im Privateigentum des Grundeigentümers und zu seiner ausschließlichen Verfügung (Artt. 5f.n.F. = Artt. 4f. a.F. Bachgesetz). Das gleiche galt seit dem Inkrafttreten des BGB auch für das Grundwasser[5]. Dem Bach- und Dammbaugesetz entgegenstehende alte Eigentumsrechte wurden unberührt gelassen (Art. 2 II Bachgesetz n.F.; Art. 48 Dammbaugesetz)[6]. Dem privaten Eigentum in vollem Umfang zugehörig waren, soweit nicht entgegenstehende Rechte erworben waren, stehende natürliche und künstliche Gewässer, Quellen und sich auf dem Grundstück natürlich sammelndes Wasser, sowie die zu Privatzwecken angelegten künstlichen Wasserläufe und Kanäle (Art. 4 Ziff. 1-3 a.F. = Art. 5 Ziff. 1-3 n.F. Bachgesetz); eine fast wörtlich mit

---

1) Vgl. die Einteilung der Gewässer im gemeinen Recht, oben S.103 f.
2) Sieglitz, S.37, rechnet die Bäche daher auch noch zu den öffentlichen Gewässern.
3) Krause - Eckstein, Anm. 2 zu Art. 2 I Bachgesetz.
4) Sieglitz, S.38.
5) Duffing, S.37.
6) Krause - Eckstein, Anm. 4 zu Art. 2; Sieglitz, S.17.

Art. 33 I WBG übereinstimmende Regelung.

Zu den Gesetzen, die Eigentum am Gewässer als Ganzem anerkennen gehörte die Wasserordnung von 1868 für das Herzogtum Oldenburg; sie unterscheidet öffentliche und private Gewässer und bei den ersteren wieder die Gewässer des Staates (Art. 1 Wasserordnung) und die Wasserzüge, die den Gemeinden gehören (Art. 2 Wasserordnung). Die in Art. 1 aufgezählten Wasserstrecken umfassen die schiffbaren Flußläufe - vor allem die Weser -, die Schiffahrtskanäle und das Zwischenahner Meer; auf sie finden die oldenburgischen Wassergesetze keine Anwendung, sondern es galten vielmehr die allgemeinen, ungeschriebenen Grundsätze des öffentlichen Rechts. Ob unter diesen Umständen dem Staat Eigentum an den Gewässern zustand, bejahendenfalls vielleicht öffentlich-rechtliches, war bestritten, wurde aber von der Mehrzahl der Schriftsteller zugunsten privatrechtlichen Eigentums entschieden[1].

Den Gegenpol zur oldenburgischen Wasserordnung bilden die Wassergesetze von 1851 und 1876 für das Herzogtum Braunschweig, die staatliches Eigentum an den öffentlichen Flüssen ablehnen und diese nur den durch die Staatshoheit begründeten Rechten unterwerfen[2]. Auch hinsichtlich des Umfangs der öffentlichen Gewässer zeigen sich die Gesetze römisch-rechtlichen Gedanken und der Hoheitstheorie nahe verbunden: öffentlich waren sämtliche natürlichen und künstlichen Wasserläufe, sofern sie durch mehrere Feldmarken oder Gemarkungen liefen. Ufer und Bett der Flüsse sind als deren Zubehör ebenfalls eigentumsunfähig.

---

1) Höhne, S.62 m.w.N.
2) Kaisenberg, S.51.

C: Die Regelung der Gewässerbenutzungen

Durch die eingehendere Beschäftigung mit der Wasserwirtschaft in den Spezialgesetzen haben auch die Gewässerbenutzungen eine umfassendere, vor allem aber auch differenzierendere Regelung erfahren. Zwar hat das Institut der Gebrauchserlaubnis noch keinen dogmatisch gesicherten Standort, das Entstehen einer zwischen Gemeingebrauch und Nutzungsverleihung liegenden Rechtsgrundlage einer Benutzung ist jedoch unverkennbar[1]. Damit einher geht eine sichtbare Zunahme der Fälle, in denen eine wasserrechtliche Genehmigung erforderlich ist.

I: Der Gemeingebrauch

Gegenüber den bisherigen Regelungen fällt auf, daß der Gebrauch des Wassers jetzt nur noch in geringerem Umfang jedermann gemein ist als bisher. Besonders trifft das für das WBG und das Privatflußgesetz zu, die an die Stelle ehemals gemeinrechtlicher Anschauungen treten.

1) Die Diskussion über die rechtliche Konstruktion des Gemeingebrauchs

Bei der Kennzeichnung der Tätigkeiten als Gemeingebrauch vermeiden es die neuen Gesetze, eine Position bezüglich der Rechtskonstruktion dieser Nutzungsart zu beziehen. Die Diskussion darüber hält daher auch in Schrifttum und Rechtsprechung unvermindert an, wobei sich bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts drei große Gruppen in den Meinungen gebildet haben.

Zur ersten sind die Vertreter der Ansicht zu rechnen, der Gemeingebrauch gehöre dem öffentlichen Recht an. Es

1) Siehe bereits die Hinweise oben S.143, 146.

sind dies vor allem O. Gierke[1] und O. Mayer[2].

Von anderen wird der Gemeingebrauch zu den Privatrechten gezählt, und teils als ein in der Persönlichkeit des einzelnen liegendes[3], häufiger als ein dingliches Recht angesehen[4]. Das Reichsgericht[5] legt ihm - noch vor Inkrafttreten des BGB - eine Doppelnatur zu, dahingehend, daß das Verhältnis des Gebrauchenden zum Staat öffentlich-rechtlich und durch Interdikte nicht geschützt, gegenüber anderen Interessenten jedoch ein dieses Schutzes teilhaftiges Privatrecht sei.

Die dritte Gruppe sieht im Gemeingebrauch eine bloße Reflexwirkung der öffentlich-rechtlichen Gebundenheit der Sachen, die keine rechtlich verfolgbaren Ansprüche gewährt. Die Vertreter dieser Ansicht sind vor allem G. Jellinek[6] und Crome[7].

Zu diesen Gruppen läßt sich auch die speziell das WBG betreffende Lehre hinzurechnen, wobei Pözl[8] und Reuß[9] der Ansicht sind der Gemeingebrauch gewähre eine öffentliche Berechtigung, Meisner[10] in ihm dagegen ein Privatrecht erblickt, das dem Einzelnen nur deshalb und insoweit zustehe, wie der Staat den Gemeingebrauch eröffne. Diese Meinung erweitert Oertmann[11] noch dahingehend, daß er ein gegenüber Staat und Störeren verfolgbares Recht annimmt.

---

1) O.Gierke II,S.23ff.;näheres bereits oben S.140.
2) O.Mayer,Dt.Verw.R.II,S.143;näheres bereits oben S.140.
3) So Dernburg, Pandekten I,§72,S.168.
4) Bekker, Pandekten I,S.342; Regelsberger, Pandekten I, S.427;näheres bereits oben S.139;Windscheid - Kipp II, S.1042.
5) RGZ 1,158; 6,162
6) Jellinek,G.,System,S.74.
7) Crome I,S.302.
8) Pözl,S.62.
9) Reuß, Anm.zu Art.9 I,S.31.
10) Meisner,S.184ff.
11) Oertmann,S.409.

2) Die Tätigkeiten des Gemeingebrauchs

Die neue Gesetzgebung ist größtenteils bemüht, die Tätigkeiten des Gemeingebrauchs im einzelnen aufzuzählen, wenngleich derartige Kataloge - wohl vor allem wegen der unsicheren Dogmatik - nicht immer abschließend gemeint waren. Dabei zeigen sich in der Zahl der Gebrauchsarten Unterschiede nicht nur zwischen den öffentlichen und privaten Gewässern, sondern auch zwischen den einzelnen Gesetzen; auch das Erfordernis einer "Genehmigung" - meist Erlaubnis genannt - wurde unterschiedlich gehandhabt und zeigt dabei die jeweiligen empfindlichen Stellen im Gewässernetz. Die Grundtätigkeiten des Gemeingebrauchs sowie die Rahmenvorschriften aber finden sich in allen Gesetzen in gleicher Weise wieder und lassen sich bereits an WBG und Privatflußgesetz zeigen. Stellvertretend für die öffentlichen Gewässer soll daher das WBG behandelt werden.

a) Die öffentlichen Gewässer am Beispiel des WBG

Hier ist zu unterscheiden zwischen den jedermann ohne weiteres freistehenden und den "erlaubnispflichtigen" Tätigkeiten. Über die Rechtsnatur dieser "Genehmigung" oder "Erlaubnis" bestehen dabei in der Literatur Meinungsverschiedenheiten, wobei die gegensätzlichen Standorte sich so beschreiben lassen, daß zum einen eine wasserrechtliche Genehmigung angenommen wird, die Rechtsgrundlage der Tätigkeit aber weiterhin der Gemeingebrauch bleibt und daß zum anderen in dieser "Genehmigung" bereits eine Gebrauchserlaubnis gesehen wird. Der Streit besteht dabei gleichermaßen im gesamten Untersuchungsgebiet, soll hier aber des grundsätzlichen Eindruckes wegen nur an der Literatur zu den bayerischen Gesetzen aufgezeigt werden.

aa) "Erlaubnisfreier" Gemeingebrauch

Die Nutzungen dieser ersten Gruppe sind in Art. 9 I WBG aufgezählt und umfassen das Schöpfen, Baden, Waschen

und Tränken. Das Schöpfen ist dabei nicht ausdrücklich auf die Ausübung mit Handgefäßen beschränkt[1]. Nicht ausdrücklich aufgeführt, aus Art. 9 II WBG jedoch teilweise zu entnehmen und von der Literatur[2] bejaht wird das Schwemmen und die Benutzung der Wasserflache zur Eisbahn als Gemeingebrauch. Der Art. 9 I WBG, mit dem sich die Aufzählung der "erlaubnisfreien" jedermann gemeinen Gewässerbenutzungen im WBG erschöpft, stellt die Tätigkeiten unter den Vorbehalt von Polizeivorschriften; sie konnten damit z.B. aus hygienischen Gründen untersagt oder an bestimmte Plätze verwiesen werden. Wie auch bisher werden sie des weiteren durch das Verbot rechtswidriger Betretung fremder Grundstücke beschränkt (Art. 9 II WBG). Schließlich durften die genannten Tätigkeiten nur insoweit ausgeübt werden, als dies ohne Anlagen geschieht (Art. 10 I,II WBG). Dieses letzte Verbot sowie der kleine Kreis der Benutzungen stellen eine erhebliche Reduzierung des Gemeingebrauchs gegenüber seiner Zulassung durch das gemeine Recht dar[3] und lassen ihn der Ausprägung ähnlich werden, die der Gemeingebrauch bereits im ALR erfahren hatte. Steigende Quantität und Intensität der Benutzungen sind der Grund für diese Entwicklung.

Gemäß Art. 8 WBG stehen die öffentlichen Kanäle nur in den von der Staatsregierung bestimmten Fällen dem Gemeingebrauch offen[4]. Obwohl nicht im WBG aufgeführt wurden von der dieses Gesetz betreffenden Literatur noch eine Reihe anderer Benutzungen als gemeingebräuchlich angesehen. Vor allem zählt hierzu die Einleitung unschädlicher, aber auch schädlicher Flüssigkeiten und sonstiger Stoffe in das Gewässer[5]. Als Begründung wird nicht nur auf die

---

1) In der Praxis kommt es aber darauf hinaus, da Leitungen und Schöpfräder bereits Anlagen und nach Art.10 II WBG erlaubnispflichtig sind (vgl.unten S.293 f.).
2) Gatterbauer, S.34f.
3) Oben S.144 ff.
4) Einzelheiten s.Reuß,Anm.zu Art.8,S.29f.
5) Gatterbauer,S.35;Meisner,S.190ff.;Oertmann,S.406.

in Art. 1 I WBG genannte allgemeine Zweckbestimmung des Wassers hingewiesen, sondern vor allem auf die natürliche Aufgabe der Flüsse als Abfallbeseitiger[1]. Das Maß für den Umfang dieser Einleitungen ist das nach den zeitlichen und örtlichen Verhältnissen Gemeinübliche und Erträgliche[2]. Es zeigt sich hier, daß die Literatur die aus dem gemeinen Recht her gewohnte Praxis[3] zu bewahren sucht.

Zu erwähnen ist an dieser Stelle auch die Entnahme von Eis und Kies[4] die - vornehmlich bereits eine Benutzung des Gewässerbettes - bei sauberer Auslegung des Gesetzes jenem Tätigkeitskreis und damit der folgenden Gruppe hätte zugerechnet werden müssen.

bb) **"Erlaubnispflichtiger" Gemeingebrauch**

Zu dieser Art von Benutzungen zählt Art. 15 I WBG die Entnahme von Steinen, Sand, Schlamm, Erde und Pflanzen - sämtlich also Benutzungen des Gewässerbettes; Meisner[5] führt noch den Weidenschnitt an. Der genannte Artikel macht die Ausübung dieser Tätigkeiten von einer "Erlaubnis" abhängig[6], ohne deren Rechtsnatur näher kenntlich zu machen. Gatterbauer[7] spricht ihr den Charakter einer wasserrechtlichen Genehmigung zu und sieht keine materielle Berechtigung in ihr; diese sei vielmehr der Gemeingebrauch. Meisner[8] schreibt, ohne sich näher festzulegen, daß das WBG bei dieser Regelung von dem Gedanken ausgegangen sie, niemandem einen Rechtsanspruch auf die Wegschaffung von Material aus dem Flußbett zu geben und daß es daher die Erteilung der "Erlaubnis" in das Ermessen der Verwaltungsbehörde gestellt habe. Darin stimmt

---

1) Meisner, S.191.
2) Meisner, S.192.
3) Oben S.144 f.
4) Gatterbauer, S.37.
5) Meisner, S.193.
6) Siehe S.142 ff.
7) Gatterbauer, S.36.
8) Meisner, S.193.

ihm auch Reuß[1] zu, der sich aber ebenfalls nicht genauer erklärt. Dennoch lassen die Äußerungen beider erkennen, daß sie die genannten Tätigkeiten bereits nicht mehr als Gemeingebrauch ansehen - Meisner spricht von einer Einschränkung des Gemeingebrauchs durch die "Erlaubnis" - und die Gestattung vielmehr als das der Ausübung zugrunde liegende Recht betrachten. Dieser Auffassung ist auch Bluntschli[2]. Höhne[3] zählt später die Fälle des Art. 26 II WG von 1907, die denen des Art. 15 I WBG entsprachen, zur Gebrauchserlaubnis. Dagegen wehrt sich Gatterbauer[4] zwar mit der Behauptung, die "Erlaubnis" in Art. 15 I WBG und Art. 26 II WG unterschieden sich in nichts von der unbestritten wasserrechtlichen Genehmigung des Art. 29 III WG, jedoch ist dies einerseits in dieser Einfachheit durchaus nicht unbestritten[5], andererseits läßt an der Richtigkeit der Auffassung Gatterbauers zweifeln, daß in Art. 26 II WG (wie auch in Art. 15 I WBG) von "Erlaubnis", in Art. 29 III WG aber von "Genehmigung" gesprochen wird und sich zu dieser Zeit (1907) der Gesetzgeber der unterschiedlichen Bedeutung der Ausdrücke in der Fachsprache bewußt war.

Abschließend läßt sich daher feststellen, daß zur Zeit des WBG das Institut einer Gebrauchserlaubnis zwar noch umstritten, aber bereits erkennbar war und daß deutlich wird, daß die Fälle der Gebrauchserlaubnis dem Kreis ehemals gemeingebräuchlicher Tätigkeiten entstammen.

Einig ist sich die Lehre zu Art. 15 I WBG in dem Punkt, daß die "Erlaubnis" jederzeit ohne weiteres wieder entzogen werden kann[6].

---

1) Reuß, Anm.zu Art.15,S.42.
2) Bluntschli, S.232.
3) Höhne, S.107.
4) Gatterbauer, S.36.
5) Näheres dazu bei Eymann - Schubert II,Anm.14 zu Art. 29 III WG,S.797.
6) Meisner, S.193; Gatterbauer, S.36.

b) Die privaten Gewässer anhand von WBG und Privatflußgesetz

Bereits durch die Bestimmungen des ALR war ein Gemeingebrauch an den Privatgewässern - als Gegenstück zu den Privatflüssen - nicht vorgesehen[1]. In gleicher Weise behält auch das WBG den Gebrauch der geschlossenen Privatgewässer des Art. 33 I deren Eigentümern und den durch diese Berechtigten vor. Gemeingebrauch ist nur an den Wassern des zweiten Abschnitts der zweiten Abteilung, also an den Privatflüssen, zugelassen. Da von diesen durch Art. 40 II die Staatsprivatflüsse hinsichtlich des Gemeingebrauchs den für die öffentlichen Gewässer geltenden Bestimmungen unterworfen werden, bezieht sich die Kernvorschrift des Art. 53 nur noch auf die privaten Wasserläufe im Eigentum der Ufereigentümer oder Dritter, also den den preußischen Privatflüssen entsprechenden Gewässern[2].

Für die Privatflüsse und Bäche bestimmt Art. 53 I WBG, daß ihr Gebrauch zum Baden, Waschen, Schöpfen mit Handgefäßen und Tränken jedermann gestattet ist; §2 Privatflußgesetz zieht den Kreis enger und erlaubt nur das Tränken, Schöpfen - allerdings ohne Beschränkung auf Handgefäße - und Tränken. Nieberding[3] zählt noch das Waschen und Baden dazu. Übereinstimmend erlauben beide Gesetze den Gemeingebrauch nur dort, wo nicht private Grundstücke rechtswidrig betreten werden müssen; des weiteren unterliegt er polizeilichen Anordnungen, die sich im Privatflußgesetz auf die Sicherung des Ufers vor Beschädigungen beziehen, im WBG in sachlicher Hinsicht nicht begrenzt sind.

Mit diesen Tätigkeiten erschöpft sich der Gemeingebrauch an den Privatflüssen. Entsprach er noch bei den öffentli-

---

1) Oben S.142.
2) Oben S.210.
3) Nieberding - Frank, S.245f.

chen Gewässern in seinem Umfang im wesentlichen den schon früher von ALR oder NBGB getroffenen Regelungen, so ist er hier jedoch gegenüber den Bestimmungen des gemeinen Rechts erheblich eingeschränkt, also gegenüber den Übungen, die zuvor in diesen Gebieten diese Materie bestimmten.

c) Der Gemeingebrauch in den Wassergesetzen der anderen Länder

Im Gegensatz zu Einteilung und Eigentum machen sich beim Gemeingebrauch die Unterschiede zwischen den Gesetzen im ehemals französischen und gemeinrechtlichen Bereich prinzipiell bereits nicht mehr bemerkbar.

aa) Das badische Wassergesetz vom 25.8.1876

An den Gewässern des Art. 3 war das Waschen, Baden, Tränken, Schwemmen und Wasserschöpfen gemeingebräuchlich sowie nach Maßgabe einer "Genehmigung"[1] die Entnahme von Eis, Sand und anderem Material jedermann gestattet (Art. 1). Die Gewässer der Art. 714 BL entsprechenden zweiten Gruppe waren nur noch zum Waschen, Baden, Tränken, Schwemmen und Schöpfen zum häuslichen und wirtschaftlichen Gebrauch jedermann gemein (Art. 6), wohingegen diese Rechtsgrundlage für den Gebrauch bei den privaten Wassern nicht vorgesehen war.

bb) Die Gesetze im ehemals gemeinrechtlichen Bereich

Für das Großherzogtum Hessen-Darmstadt enthielt nur das Bachgesetz von 1887 Näheres über den Gemeingebrauch. Das Dammbaugesetz von 1887 verwies mit seinem Art. 54 hierfür auf die - schließlich - am 23.6.1891 erlassene Ausführungsverordnung[2], nach der Schöpfen, Baden, Waschen und Tränken einem jeden gestattet waren (§12 Ausf.VO). Die Entnahme von Steinen, Kies, Sand, Schlamm, Erde und

---

1) Schenkel 77,Anm.7 zu Art.1,S.43 sieht sie als wasserrechtliche Genehmigung an.
2) Reg Bl.S.147.

Pflanzen bedurfte gemäß §14 Ausf.VO der ausdrücklichen Genehmigung durch die Flußbaubehörde. Diese "Genehmigung" wird von der Literatur späterer Zeit[1] als Gebrauchserlaubnis angesehen, da es sich bei den Tätigkeiten im Gegensatz zu anderen genehmigungspflichtigen Nutzungen nur um einen "gesteigerten Gemeingebrauch" handelt; die Auffassung entspricht den Regelungen des WBG. Das Bachgesetz bestimmte in Art. 3 II n.F. = Art. 2 II a.F. für die nichtschiffbaren Wasserläufe aus seinem sachlichen Geltungsbereich das Baden, Waschen, Schöpfen, Tränken, Kahnfahren, die Eisgewinnung und Bewässerung zum Gemeingebrauch - also vor allem angesichts der letzten Tätigkeit noch deutlich gemeinrechtliche Züge tragend - ließ diese Benutzungen aber nur ohne Anlagen zu; deren Errichtung bedurfte einer Genehmigung (Art. 14 n.F. = Art. 13 a.F. Bachgesetz). Die Entnahme von Sand und anderen Materialien aus dem Bachbett unterlag polizeilicher Regelung (Art. 3 VI n.F. = Art. 2 VI a.F.), d.h. es konnte durch Polizeiverordnung eine "Genehmigungspflicht" eingeführt werden[2].

Die Wasserordnung von 1868 für das Herzogtum Oldenburg regelt den Gemeingebrauch ganz generell, indem sie in Art. 16 die "gewöhnliche Benutzung" des Wassers vorbehaltlich polizeilicher Vorschriften jedermann freistellt. Für die öffentlichen Wasserzüge werden noch die Einleitung und die Ableitung von Wasser als gemeingebräuchlich erwähnt; dabei ist die letzte stets, die erste nur bei Gefahr von Veränderungen für Wasser und Ufer genehmigungspflichtig.

Im Wassergesetz von 1876 für das Herzogtum Braunschweig ist §50 die Kernvorschrift, die eine Benutzung der öffentlichen Gewässer und ihrer Ufer jedermann gestattet, soweit sie ohne Anlagen geschieht und die Gewässer -

---

1) Höhne, S.115.
2) So im Kreis Heppenheim am 24.3.1916.

und Uferbeschaffenheit nicht der öffentlichen Wohlfahrt zuwider verändert; ein Umfang des Gemeingebrauchs, der in seiner Größe nur durch den weiten Bereich der Gegenstände staatlichen Eigentums erklärlich wird.

II: Die Benutzungsrechte der Eigentümer und Anlieger

Bei dem Begriff des Eigentümers, vom Staat einmal abgesehen, wird von den hier behandelten Gesetzen kein Hinweis darauf gegeben, daß nur natürliche Personen gemeint sind. Eigentümer können auch juristische Personen sein; das steht mit den getroffenen Eigentümerbefugnissen nirgends in Widerspruch. Alle Gesetze machen aber hinsichtlich der Benutzungen eine Trennung zwischen diesen und dem Staat als Eigentümer der öffentlichen Gewässer: von einem Eigentümergebrauch wird nur bei den Privatgewässern gesprochen, dem Staat werden derartige Rechte nirgends eingeräumt. Das wird auch daran besonders deutlich, daß stets nur von den Benutzungen der "Ufer"-Eigentümer[1] gesprochen wird. Diese Trennung mag ihren Grund vor allem in der Ansicht haben, bei den öffentlichen Gewässern gebiete es deren Bestimmung zur allgemeinen Benutzung, alle bleibenden Anlagen und Einrichtungen besonderen Bewilligungen zu unterwerfen; es zeigt sich hier aber auch, daß die Verfasser dieser Gesetze den Gedankengängen nicht fernstanden, wie sie heute in §24 I WHG mit den Worten "Benutzung für den eigenen Bedarf" ihren Ausdruck gefunden haben. Trotz aller Mehrdeutigkeit dieses Begriffes wird allgemein anerkannt[2], daß er nicht

1) Für die Benutzung der Privatgewässer gehen alle im folgenden behandelten Gesetze von dem System aus, daß das Recht grundsätzlich den Ufereigentümern zukomme; ein anderes System hatte noch die Wiesenordnung für den Kreis Siegen vom 28.10.1846 gewählt: die Besitzer der Grundstücke, für die das Wasser verwertet werden kann.

2) Gieseke - Wiedemann, §24 Randnr. 4; Burghartz, §24, Anm. 2.

nur die persönlichen und häuslichen Ansprüche, sondern darüberhinausgehend auch die Anforderungen von Fabrikbetrieben und dergleichen umfaßt; die zur Gemeinverträglichkeit notwendige Begrenzung des Ausmaßes ist in den weiteren Voraussetzungen des Eigentümergebrauchs in §24 I WHG enthalten. Im Prinzip ebenso verhält es sich auch bei den Gesetzen des hier untersuchten Zeitabschnitts.

So findet im Untersuchungszeitraum eine Eigentümernutzung durch den Staat als öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft nicht statt; ebenso sehen die Gesetze keine Regalien mehr vor. Dennoch ist ein Eigentümergebrauch öffentlichen Wassers theoretisch denkbar, und zwar vorgenommen durch natürliche oder juristische Personen, wenn bestehen gebliebene Eigentumsverhältnisse eine derartige Konstellation herbeiführen; er wird aber durch die Gesetze ausgeschlossen, da sich Inhalt und Schranken des Eigentums nach den neuen Regelungen richten[1].

Beschränkt sich der Eigentümergebrauch daher auf die Privatgewässer, so ist ein Anliegergebrauch auch an den öffentlichen denkbar.

1) Der Eigentümergebrauch in Bayern und Preußen

Im Gegensatz zur Praxis der heutigen Gesetze wird der Eigentümergebrauch in den beiden hier hauptsächlich untersuchten Kodifikationen, dem WBG und dem Privatflußgesetz, weitgehend enumerativ aufgezählt und ihm dabei ein breiter Raum gewidmet. Eindringlicher vermag der Unterschied in der Bedeutung, die diese Rechtsgrundlage für die Gewässerbenutzungen einst hatte und jetzt nur noch hat, kaum vor Augen zu treten.

a) Die Tätigkeiten im einzelnen

Bevor auf die den Eigentümern zustehenden Benutzungs-

1) Oben S. 220 ff.

rechte näher eingegangen werden kann, muß bedacht werden, daß das preußische Gesetz sich nur den Privatflüssen widmet, während das WBG auch die Gruppe der Privatgewässer des Art. 33 I enthält. Da ein Vergleich der Rechtsverhältnisse ohne Verzerrungen nur bei Gleichheit des Objekts gewährleistet ist, können der Betrachtung zunächst nur die dem preußischen Gesetz entsprechenden Privatflüsse zugrunde gelegt werden.

Damit bilden den Ausgangspunkt für die Feststellung der Nutzungen Art. 54 I WBG und § 13 i.V.m. §1 Privatflußgesetz; beide Rechtssätze gestatten dem Ufereigentümer - sofern nicht irgendwelche Ausnahmen begründet sind -, das an seinem Grundstück vorüberfließende Wasser zu jedem beliebigen Gebrauch zu benutzen, mit den Einschränkungen, keinen für andere schädlichen Rückstau und keine Überschwemmung oder Versumpfung fremder Grundstücke zu verursachen, sowie das Wasser vor Verlassen des eigenen Grundstücks in das ursprüngliche Bett wieder zurückzuleiten.

Die von dieser Formulierung in beiden Gesetzen umfaßten Tätigkeiten des Eigentümergebrauchs sind damit aber hinsichtlich der an sie gestellten rechtlichen Anforderungen nicht abschließend beschrieben. Sie müssen danach unterschieden werden, ob zu ihrer Ausübung zusätzlich eine Genehmigung erforderlich ist oder nicht.

aa) Genehmigungspflichtige Nutzungen

Welche Tätigkeiten im einzelnen zu diesem Kreis gehören, wird von den Gesetzen zwar festgelegt, ist aber dem Privatflußgesetz nicht so leicht zu entnehmen wie dem WBG, da es, wie §1 Satz 2 zeigt, nicht vorhatte, alle Belange der Benutzung von Privatflüssen selbst und neu zu regeln, sodaß hier auch andere Vorschriften heranzuziehen sind.

Bei der Feststellung, welche einzelnen Nutzungen genehmigungspflichtig sind, zeigt sich im WBG, daß die Gewässer des Art. 33 I von den entsprechenden Vorschriften nicht genannt werden. Die an ihnen dem Eigentümer zukommenden

Benutzungen bedürfen daher sämtlich nicht einer zusätzlichen Genehmigung, sodaß sie nicht nur aus formalen Gesichtspunkten an dieser Stelle nicht zu untersuchen sind.

Die Feststellung der genehmigungspflichtigen Nutzungen im WBG läßt vor allem aber erkennen, daß es Unterschiede in den zusätzlichen Rechtsanforderungen gibt. In der vierten Abteilung des Gesetzes (Artt. 73 ff.) werden bestimmte Gebrauchsarten aufgezählt, die an Privatflüssen (und öffentlichen Flüssen) einer Genehmigung bedürfen, deren Erteilung erst nach einem besonderen Verfahren erfolgt, wie es bei anderen Tätigkeiten für die dort zusätzlich erforderlichen hoheitlichen Akte nicht vorgesehen ist. Die gleiche Trennung besteht auch im Bereich des Privatflußgesetzes und war anderen in Preußen geltenden Normen ebenfalls bekannt.

Beide Arten der Genehmigung verfolgen verschiedene Ziele, die schon an den ihnen unterworfenen Nutzungen erkennbar werden.

Diejenige ohne zusätzliches Verfahren dient der Verhütung von Schaden für das Gewässer durch Verunreinigung und der Sicherung der Vorflut. Ihre Erteilung stand regelmäßig im Ermessen der Behörde, die bei der Prüfung eine nur dem öffentlichen Interesse dienende Aufgabe wahrnahm. Sie wird daher im folgenden als polizeiliche Genehmigung bezeichnet.

Im Gegensatz dazu war es Aufgabe des mit dem besonderen Verfahren verbundenen Hoheitsaktes, nach seiner Erteilung den Berechtigten vor nachträglichen Abwehrklagen zu schützen und ihm für seine - große Investitionen erfordernde - Nutzung eine sichere Kalkulationsbasis zu geben. Dieser im folgenden wasserrechtliche Genehmigung genannte Akt hat also anspruchsvernichtende Drittwirkung.

Im vorangegangenen Untersuchungszeitraum waren die nunmehr getrennten Ziele noch vereint, die Genehmigung aber nur für Nutzungen erforderlich, die jetzt der letztge-

nannten unterliegen[1]. Die der polizeilichen Genehmigung bedürfenden Tätigkeiten fallen erstmalig in eine derartige Pflichtigkeit. Deren Statuierung durch die hier behandelten Gesetze macht deutlich, daß Quantität und Intensität der Benutzungen so gewachsen waren, daß Sorge um die Wasserqualität bestand und dazu zwang, auch in den Bereich der privaten Nutzungsrechte hoheitlich ordnend einzugreifen. Diese Tendenz hat im Laufe der Zeit bis zum heutigen Stand zugenommen, wobei sich zeigt, daß die der polizeilichen Genehmigung unterliegenden Nutzungen heute in den Bereich der Gebrauchserlaubnis fallen, die anderen einer Bewilligung bedürfen. Daß dieser Bewilligung Drittwirkung zukommt, unterstreicht das Gesagte nur. Die Regelungen in den um 1900 erscheinenden Wassergesetzen zeigen ein Durchgangsstadium dieser Tendenz an.

Über der aufgezeigten Perspektive darf bei der Betrachtung der hierzu behandelnden Gesetze nicht vergessen werden, daß Rechtsgrundlage der Nutzungen nicht eine der Genehmigungen, sondern das Eigentum ist.

aaa) Verfahrensrechtlicher Nachbarschutz durch die wasserrechtliche Genehmigung bei den Anlagen zur Ausnutzung der Wasserkraft

Die Eigentümernutzungen, die vor ihrer rechtmäßigen Ausübung der wasserrechtlichen Genehmigung bedürfen, nennt das WBG in Art. 73 I. Es sind dies die Errichtung von Stauvorrichtungen an einem Privatfluß, an dem sich bereits Triebwerke befinden, desgleichen von Triebwerken mit gespannter Wasserkraft und schließlich die Veränderung solcher Anlagen, soweit diese auf den Verbrauch des Wassers oder die Höhe des Oberwassers Einfluß hat. Aus letzterem wird deutlich, daß die frühere "zweispurige" Genehmigung keine einfache Trennung erfahren hat, sondern für bestimmte Nutzungen die präventive Gewässerschutzaufgabe in den Hintergrund getreten ist, die

1) Oben S.150 ff.

Genehmigung bei anderen Tätigkeiten deren Ausübung dagegen allein für diesen Zweck vorgeschaltet ist.

Bei der Aufzählung der Nutzungen fällt auf, daß nur Anlagen genannt werden, die auf die Ausnutzung der Wasserkraft gerichtet sind. In der Tat macht nicht nur das WBG, sondern auch das Privatflußgesetz diese Trennung gegenüber anderen, in der Regel auch gewerblichen Anlagen. Das hat seinen Grund in der besonders stark in den Lauf des Wassers eingreifenden Art dieser Nutzung, die dazu führte, daß auch im Zuge von Mühlengesetzgebungen diesem Gebiet des Gebrauchs bereits früher Aufmerksamkeit geschenkt worden ist, sodaß es zum Untersuchungszeitpunkt manche Eigenständigkeiten aufwies.

Diese Tatsache anerkennend sagt für das Privatflußgesetz der bereits erwähnte § 1 Satz 2, daß es, sofern das Gesetz keine Änderungen vorgenommen hat, in Ansehung der Benutzung des Wassers zu Mühlen und anderen Triebwerken bei den bestehenden gesetzlichen Vorschriften verbleibt. Diese Regelung konserviert Verschiedenartigkeiten im Geltungsgebiet des Privatflußgesetzes. Die Unterschiede in den älteren Vorschriften bestehen allerdings nicht in Bezug auf die Rechtsgrundlage der Nutzung: diese ist das Eigentum am Gewässerstück, aber auch jegliche vom Eigentümer eingeräumte Berechtigung oder die Ersitzung. Seit Geltung des Privatflußgesetzes kann jedoch ein Vertrag zwischen dem nutzungsberechtigten Ufereigentümer und einem Nichtanlieger, soweit diesem ein Anspruch auf Ausübung des gesetzlichen Nutzungsrechts am Wasser gegeben werden soll, nicht mehr begründet werden[1]. Keinen Unterschied macht es auch, ob die Anlage Zwecken der Landeskultur oder einem gewerblichen Unternehmen dient[2].

Die Verschiedenheiten bestehen vielmehr in dem abweichenden Ausmaß der Nutzungsmöglichkeit und deren verwaltungs-

---

1) Nieberding - Frank, S.249.
2) Nieberding - Frank, S.534.

mäßiger Festsetzung und Zulassung. Für das Gebiet des ALR war an den Privatflüssen ein Aufstau grundsätzlich ohne weiteres zulässig, mußte sich allerdings im Rahmen von ALR I 8 §§99, 100 halten, d.h. weder für die Unter- noch die Oberlieger mit einem nachteiligen Rückstau oder Wasserentzug verknüpft sein[1]. Untersagt war ein Stau allerdings dann, wenn dadurch der Mühle eines Oberliegers Wasser in einer Art zugedrängt oder entzogen wurde, die ihre bisherigen Betriebsverhältnisse beeinträchtigte[2]. Von den Stauwerken nehmen jedoch diejenigen eine besondere Stellung ein, die zum Betrieb von Mühlen dienten; in diesem Fall bedurfte die gesamte Einrichtung, also Mühle und Stauwerk, gemäß ALR II 15 §§ 231ff. zu ihrer Anlegung einer Genehmigung[3]. Von der Literatur[4] wurden im Untersuchungszeitraum den Mühlen in dieser Hinsicht auch andere Triebwerke gleichgestellt; sie befindet sich dabei im Einklang mit dem Gesetzgeber des Privatflußgesetzes, denn dieser gebraucht stets die Formulierung "Mühlen und andere Triebwerke". In den 1815 erworbenen rheinischen Landesteilen war der Wasserstau dem Eigentümer frei gestattet, sofern andere Ufergrundstückseigentümer dadurch keinen wie auch immer gearteten Nachteil hatten[5]. Eine Unterscheidung wie im ALR war nicht bekannt.

Da das Privatflußgesetz nicht in Hohenzollern und den 1866 preußisch gewordenen Ländern galt, waren die Regelungen auf dem Gebiet der Wasserkraftanlagen im gesamten Preußen jedoch noch sehr viel verschiedenartiger. Um den Überblick nicht zu sehr zu erschweren, soll hier nur auf die Grundzüge der bedeutendsten Bestimmungen hingewiesen werden.

---

1) Oben S.148 f., 155.
2) ALR II 15 §§238,246; oben S.162.
3) Oben S.152 f.
4) Nieberding - Frank, S.336.
5) Art.15f. Ruralgesetz vom 6.10.1791.

Im Königreich Hannover, wo die Regelung der Gewässerbenutzungen in dem Gesetz vom 22.8.1847[1] enthalten ist, werden als Stauanlagen alle den freien Fluß des Wassers hemmenden Vorrichtungen aufgefaßt[2] und deren Errichtung durch Private nur zugelassen, wenn weder das öffentliche Interesse noch Rechte Dritter entgegenstehen[3]; dient die Stauvorrichtung einem Triebwerk so sind - wie im ALR - ihre Errichtung und Änderung genehmigungspflichtig (grundsätzlich ist das auch bei allen anderen Stauanlagen zur Ab- oder Umleitung des Wassers der Fall), wobei eine Versagung nur bei entgegenstehenden überwiegenden öffentlichen Interessen oder gesetzlichen Bestimmungen erfolgen soll[4].

Im Herzogtum Hessen-Nassau und der Landgrafschaft Hessen-Homburg wiederum waren nur Anlage und Änderung von Triebwerken genehmigungspflichtig[5].

Für das Kurfürstentum Hessen-Kassel sind bezüglich der Stauanlagen besondere materielle Regelungen nicht getroffen worden; aus den §§16, 17 der Verordnung vom 31.12. 1824[6], die vornehmlich Verwaltungszuständigkeiten regelte, ergibt sich jedoch, daß Errichtung und Veränderung jeglicher Stauanlagen, gleich welchen Zwecken sie dienten, einer Genehmigung bedurften[7]. Bei dieser Genehmigung handelt es sich jedoch nur um eine präventive polizeiliche Maßnahme, der mangels Drittwirkung ein verfahrensrechtlicher Nachbarschutz nicht beigemessen werden kann.

---

1) Oben S.49.
2) § 70 Gesetz vom 22.8.1847.
3) § 72 Gesetz vom 22.8.1847.
4) §§ 74,86,87 Gesetz vom 22.8.1847; Einzelheiten bei Nieberding - Frank, S.338 f.
5) §§19ff. Nassauische Verordnung vom 27.7.1858 (oben S.52); Art. 1 Gesetz über Errichtung und Beaufsichtigung der Wassertriebwerke im Amte Homburg vom 15.7.1862 (oben S.53): Einzelheiten bei Nieberding - Frank, S.339 ff.
6) Oben S.51.
7) Einzelheiten bei Nieberding - Frank, S.330 f.

Ebenso außerhalb des Rahmens liegt Hohenzollern, wo an allen Gewässern, die dazu bestimmt waren, Mühlen zu treiben, für jegliche Anlage und Änderung von Stauwerken eine polizeiliche Genehmigung erforderlich war[1].

Die Regelungen in den Herzogtümern Schleswig, Holstein und Lauenburg weichen von der Regel, eine wasserrechtliche Genehmigung zu fordern, in noch wesentlich stärkerem Maße ab. Hier ist den Wassernutzungen vom Gesetzgeber nur geringe Beachtung geschenkt worden; für die Stauanlagen gelten zwar fast überall die gemeinrechtlichen Grundsätze[2], jedoch sind für die Geestdistrikte folgende Bestimmungen getroffen worden: an allen fließenden Gewässern waren Stauwerke ohne weiteres gestattet, und zwar auch auf fremdem Grund und Boden, wenn sie ohne Schädigung anderweitiger Interessen landwirtschaftlichen Zwekken zum Vorteil dienten[3].

So ergibt sich, daß die Rechtslage bei den Anlagen zur Wasserkraftausnutzung im Untersuchungsgebiet im einzelnen den geographischen und wasserwirtschaftlichen Verhältnissen und Bedürfnissen folgt und daher von einer den Überblick erschwerenden Vielfältigkeit ist. Eine gewisse Vereinheitlichung schaffte erst die Gewerbeordnung vom 21.6.1869/1.7.1883[4], die eine Genehmigungspflicht für Stauanlagen zu gewerblichen Wassertriebwerkszwecken vorsah und gemäß Art. 2 Reichsverfassung vom 16.4.1871 im gesamten Untersuchungsgebiet galt[5]. Sie setzte allerdings nicht die bisherigen landesgesetzlichen Bestimmun-

---

1) §§ 23 ff. Mühlenordnung vom 8.11.1845; oben S.47.
2) Oben S.148 f., 153.
3) §§ 56,57 Provisorische Verfügung für die Geest des Hgth. Schleswig vom 6.9.1863; § 8 Wasserlösungsordnung für die Geest des Hgth. Holstein vom 16.7.1857; § 7 Wasserlösungsordnung für das Herzogtum Lauenburg vom 22.5.1857; (oben S.49 f.); Einzelheiten bei Nieberding - Frank, S.337 f.
4) Siehe oben S.153.
5) In Bayern noch durch Art.81 WBG ausdrücklich erwähnt.

gen über wasserrechtliche Genehmigungen außer Kraft, sondern trat zu ihnen hinzu und gebot in § 23 I Gew.O. sogar ausdrücklich die Anwendung dieser Vorschriften bei der Prüfung der Voraussetzungen für die Genehmigung.

Übereinstimmung bestand im ganzen Preußen sowie in Bayern darin, daß die Genehmigungen in jedem Falle die Grenzen der Nutzungen bestimmten, auch wenn dem Unternehmer gesetzlich oder auf einem Rechtstitel beruhend weitergehende Befugnisse zukamen[1].

bbb) Die Drittwirkung der für diese Anlagen erforderlichen wasserrechtlichen Genehmigung[2]

Wie erwähnt enthalten die Artt. 73 ff. WBG eine genaue Beschreibung des bei der Genehmigung zu beachtenden Verfahrens; das ist auch bei den anderen Gesetzen der Fall, wenn auch weniger ausführlich.

Den Verfahrensvorschriften ist zu entnehmen, daß die Erteilung der Genehmigung unbeschadet privater Rechte Dritter erfolgt. Gemäß Art. 74 I WBG sind die Pläne des beabsichtigten Werkes öffentlich bekannt zu machen mit der Ankündigung, daß Beteiligte, die nicht bei einer angeordneten Besichtigungsfahrt Einspruch erheben, ihres Widerspruchsrechtes verlustig gehen. Dabei unterscheidet das Gesetz nicht nach der Rechtsgrundlage des möglichen Einspruchs[3]. Gleichgültig, ob dieser auf Privatrecht oder einer anderen Quelle fußt, verliert der Beteiligte nach dem genannten Zeitpunkt seine Rechte und muß sich die aus der neuen Anlage für seine Benutzung ergebenden Folgen gefallen lassen. Das ergibt sich durch Umkehrschluß aus Art. 76 II WBG, der für diejenigen, die aufgrund "bestehender Privatrechtsverhältnisse" Einspruch erhoben haben, noch eine besondere Regelung gegenüber denen

---

1) Nieberding - Frank, S.348.
2) An dieser Stelle werden nur die Verfahrensvorschriften beschrieben; auf die zu Einwendungen berechtigenden Titel wird später (S.316 ff.) im Zusammenhang näher eingegangen.
3) Reuß, Anm. zu Art. 74 I, S.153.

statuiert, die ihr Recht aus einer anderen Quelle herleiten. Es ergibt sich weiter daraus, daß das Gesetz von "Privatrechtsverhältnissen" spricht und damit nicht der Unterscheidung zwischen "Privatrechten" (ein solches gewährte z.B. die Erlaubnis nach Art. 10 II WBG für Anlagen an öffentlichen Flüssen) und "besonderen Privatrechten" (wie Vertrag oder Dienstbarkeit) folgt, sodaß die Literatur[1] hier eine bewußte Gesamtbezeichnung annimmt, mit der Folge, daß nach der in Art. 74 I WBG vorgesehenen Frist auch Verträge und dergleichen nicht mehr zu Einwendungen berechtigen. Konnte die Verwaltungsbehörde zwischen dem Beteiligten und dem Antragsteller keine gütliche Einigung herbeiführen, so erteilt sie, falls öffentliche Interessen nicht entgegenstehen, die Genehmigung, wobei sie darauf hinweist, daß dadurch der gerichtlichen Entscheidung über die Privatrechtsverhältnisse nicht vorgegriffen wird. Dieser Hinweis muß in die Urkunde aufgenommen werden. Zuständig sind die ordentlichen Gerichte, vor denen auch auf die Einhaltung eines vor der Behörde geschlossenen Vergleichs geklagt werden kann[2].

Diese Art der Ausgestaltung der Genehmigung nach Artt. 73ff. WBG erinnert an die Bewilligung nach §8 WHG mit ihrer nur vor Verträgen haltmachenden anspruchsvernichtenden Wirkung gemäß §11 WHG. Es liegt daher der Schluß nahe, daß durch diese Genehmigung - die von der für andere Anlagen zu unterscheiden ist - doch die Rechtsgrundlage für die Benutzung erteilt wird, und daß hier bereits der Beginn des öffentlich-rechtlichen Benutzungssystems im Wasserrecht liegt. Aber wenn auch an dieser Stelle die Abkehr von der privatrechtlichen Ordnung zuerst erfolgt ist, so ist für das WBG und diesen Untersuchungszeitraum doch daran festzuhalten, daß hier kein der Be-

1) Reuß, Anm.zu Art.76 II,S.158.
2) Blätter für Rechtsanwendung, Bd.42,S.133.

willigung ähnliches Recht erteilt wird; die Benutzungsgrundlage ist weiterhin das Eigentum. Das ergibt sich vor allem aus der systematischen Stellung der Artt. 73ff. im WBG. Ihre als "besondere Bestimmungen" bezeichneten Vorschriften gelten für die genannten Benutzungen an privaten wie öffentlichen Gewässern. Für die letzteren hält bereits Art. 10 II WBG fest, daß Triebwerke und jegliche den freien Wasserlauf störenden Anlagen einer Erlaubnis bedürfen - ein Kreis von Benutzungen also, der über den nach Art. 73 I WBG genehmigungspflichtigen noch hinausgeht. Die "besonderen Bestimmungen" treten daher sowohl zu der Erlaubnis nach Art. 10 II WBG wie auch zu der in Art. 54 WBG den Eigentümern eingeräumten beliebigen Benutzungsfreiheit hinzu; die Berechtigung zu der Tätigkeit aber beruht bereits auf den beiden letztgenannten Vorschriften[1].

Mit dieser Regelung wird eine gegenüber der heutigen Systematik und Ausgestaltung der Rechtsgrundlagen völlig andere Gesetzestechnik offenbar, die aber im Untersuchungszeitraum üblich war und ihren Grund im Mühlenregal und seiner geschichtlichen Entwicklung hat.

Stärker die Stellung der Beteiligten ansprechend ist die Drittwirkung im ALR geregelt. Gemäß ALR II 15 §234 war die Anlegung von Mühlen an Privatflüssen ganz allgemein nur gestattet, wenn es ohne Schmälerung der Rechte Dritter geschehen konnte; im besonderen war in ALR II 15 §238 bestimmt, daß durch die neue Mühle einer schon vorhandenen nicht das zu deren Betrieb erforderliche Wasser entzogen oder nachteilig zurückgestaut werden durfte. Dem aus diesen Gründen dem neuen Mühlenbau Widersprechenden stand der ordentliche Rechtsweg offen (ALR II 15 §239), allerdings nur soweit er sein Recht vor Abschluß

---

1) Diese Meinung auch zu entnehmen bei Reuß, Vorbem. vor Artt.73ff.,S.147f.; ebenso auch Pözl, 2.Auflage, S.191f.

des Genehmigungsverfahrens, in dem ihn die Behörde hören mußte (ALR II 15 §236), geltend gemacht hatte. Gesetzestechnisch unterscheidet sich diese Regelung von der des WBG dadurch, daß das Verfahren der Genehmigung räumlich zusammenhängend mit den Rechtsgrundlagen der in Betracht kommenden Benutzungen (also Mühlen und Triebwerken) geregelt worden ist.

Die Gesetze der 1866 mit Preußen vereinigten Länder können mit diesen Bestimmungen nur bedingt verglichen werden, da nicht überall für Stauanlagen eine wasserrechtliche Genehmigung erforderlich war.

Folgende Rechtslage bestand in Hannover: gemäß §72 Gesetz vom 22.8.1847 durften Stauanlagen nur errichtet werden, wenn weder das öffentliche Interesse noch Rechte Dritter entgegenstanden; die erforderliche Genehmigung war zu versagen, wenn ein überwiegendes öffentliches Interesse oder die Vorschriften des Gesetzes vom 22.8.1847 - mithin auch der §72 - entgegenstanden (§74). Daraus ergibt sich, daß hier beim Genehmigungsverfahren von der Behörde die Rechte Dritter bereits abschließend beachtet werden mußten, da bei Entgegenstehen die Zustimmung zu versagen war.

Im Verfahren ähnlich dem WBG, im Ergebnis aber mehr mit dem Hannoverschen Gesetz übereinstimmend war die Rechtslage in Hessen-Nassau. Einschlägig waren die §§20ff. der Verordnung vom 27.7.1858[1]; hier war zur Vermeidung der Beeinträchtigung von Rechten Dritter die öffentliche Bekanntmachung der Triebwerkspläne sehr ins einzelne gehend festgelegt und bestimmt, daß Einwendungen, die auf besonderem Rechtstitel oder dem Gesetz beruhen konnten (§24), innerhalb einer sechswöchigen Frist geltend gemacht werden mußten; verspätet eingelegte Einwendungen wurden im Verwaltungswege nicht mehr berücksichtigt (§22); der Weg zu den Gerichten war für dieses Vorbringen

1) Oben S.52, 242.

dann nicht gegeben. Wie in Hannover war eine Erteilung der Genehmigung unter dem Vorbehalt gerichtlicher Entscheidung nicht vorgesehen. Dasselbe galt für die Veränderung von Triebwerken (§26).

Fast wörtlich mit diesen Vorschriften stimmte die Regelung in Hessen-Homburg überein[1].

Anders war dagegen die Rechtslage in den Ländern, die ein anderes System als das der Erteilung einer wasserrechtlichen Genehmigung vorsahen. Zwar gehört ihre Erörterung begrifflich nicht in diesen Absatz, des besseren Überblicks wegen sollen sie jedoch kurz berührt werden.

Für Hohenzollern enthielt §25 der Müllordnung[2] die Vorschrift, daß bei Kollisionen der Interessen eines Müllers mit denen anderer Beteiligter bei Vorhandensein eines privatrechtlichen Titels die Gerichte, ansonsten die Polizeibehörde für die Herstellung des Ausgleichs zuständig war.

Auch die Wasserlösungsordnungen in Holstein[3] und Lauenburg[4], die eine Genehmigungspflicht nicht statuiert hatten, sahen vor, daß die Gerichte von demjenigen zur Entscheidung angerufen werden können, der aufgrund eines speziellen Rechtstitels eine andere Regulierung bei den mit den Stauanlagen zusammenhängenden Angelegenheiten, als sie die Gesetze vorsehen, glaubt verlangen zu können. Für Schleswig fehlt eine solche Bestimmung. Im übrigen galt in den Herzogtümern gemeines Recht[5].

---

1) Artt.2ff.Gesetz vom 15.7.1862 (oben S.53, 242).
2) Oben S.47, 243.
3) §9 Wasserlösungsordnung für die Geest des Hgth. Holstein vom 16.7.1857.
4) §8 Wasserlösungsordnung für das Herzogtum Lauenburg vom 22.5.1857.
5) Oben S.151 ff.

ccc) Die der polizeilichen Genehmigung bedürfenden Nutzungen

Mit den oben genannten ist der Kreis der genehmigungspflichtigen Nutzungsarten in Bayern und Preußen nicht erschöpft. Die weiteren Genehmigungsfälle unterscheiden sich jedoch von den behandelten dadurch, daß bei ihnen der zusätzliche Hoheitsakt präventiver, polizeilicher Natur ist. Die ihm unterliegenden Nutzungen sind sowohl Tätigkeiten, die Anlagen - gewerblicher wie privater Art - zu ihrer Ausübung erfordern, wie auch solche ohne besondere Einrichtungen. Gemeinsam ist ihnen allen eine starke Einwirkung auf die Qualität des Wassers und die Vorflut.

Für den Anlagen benötigenden Gebrauch trifft das WBG seine Regelung in Art. 58. Es macht hier die Benutzung des Wassers zum Betrieb von Gerbereien, chemischen Fabriken, Bleichen, zu Flachs- und Hanfröten und zu anderen Bestimmungen, durch welche die chemisch-physikalischen[1] Eigenschaften des Wassers auf schädliche Weise verändert werden, von der besonderen Bewilligung und Beschränkung der Verwaltungsbehörde abhängig. Dabei konnte nach dem Ermessen der Behörde die Beschränkung bis zur Untersagung ausgedehnt werden[2]. Die Aufzählung der Tätigkeiten ist absichtlich allgemein gehalten und nur beispielhaft; weitere Anhaltspunkte gibt der Katalog zu §16 Gew.O., wobei die Einwirkung der Anlagen auf das Gewässer in der von Art. 58 WBG beschriebenen Art (auch die Abfallbeseitigung der Anlagen ist zu berücksichtigen) ausschlaggebend ist.

Ganz ähnlich die Rechtslage im Geltungsbereich des Privatflußgesetzes, wo es gemäß §3 verboten ist, das zum Betriebe von Färbereien, Gerbereien, Walken und ähnlichen

1) Reuß, Anm.zu Art.58,S.125.
2) Reuß, Anm.zu Art.58,S.125.

Anlagen benutzte Wasser einem Flusse wieder zuzuleiten, wenn dadurch der Bedarf der Umgegend an reinem Wasser beeinträchtigt oder eine erhebliche Belästigung des Publikums verursacht wird; von diesem Verbot kann die Polizeibehörde Ausnahmen genehmigen. Die Aufzählung der Betriebe ist auch hier nur beispielhaft. Die Anlegung von Flachs- und Hanfröten dagegen steht dem Berechtigten frei, kann aber gemäß §6 Privatflußgesetz von der Polizeibehörde bei Nachteilen für Luft, Wasserqualität und Vorflut untersagt werden. Was die Gebrauchsarten anbelangt, die keine festen Anlagen voraussetzen, so zeigt sich hier das Privatflußgesetz als die strengere der beiden Normen. Das zeigt das grundsätzliche Verbot des Einwälzens von Steinen, Erde und jeglichen anderen Materialien in den Wasserlauf nach §4 Privatflußgesetz, dem das WBG hier keine entsprechende Regelung an die Seite stellt. Nur unter besonderen Voraussetzungen und nach Billigung durch die Polizeibehörde waren hiervon Ausnahmen zulassig. Ebenso verhält es sich beim Einkarren oder -schwemmen von Sand zur Landgewinnung; eine Benutzung, die das Privatflußgesetz in §5 von der Unschädlichkeit für die Vorflut und die anderen Ufer abhängig macht, während das WBG sie frei zuläßt.

In den anderen Gebieten Preußens sind, bis auf Kurhessen, bei den Benutzungsregelungen Unterschiede zwischen den einzelnen Arten der Gewässer nicht gemacht worden. Auch sind über die schon genannten Bestimmungen im Zusammenhang mit Stauanlagen hinaus kaum Vorschriften getroffen.

So galten in Hohenzollern für weitere Gewässerbenutzungen grundsätzlich weder Beschränkungen noch Verwaltungszuständigkeiten. Auch in den Geestdistrikten Holsteins und Lauenburgs stand die Errichtung jeglicher - auch gewerblicher - Anlagen jedem Berechtigten frei[1]; allerdings

---

1) Siehe die Wasserlösungsordnung für die Geest des Herzogtums Holstein vom 16.7.1857 und die Wasserlösungs-

war die (bereits behandelte) Verfügung von Mühlen und Triebwerken über das Wasser vorrangig. Ebenso sind in Hessen-Homburg über den schon genannten Umfang hinaus keine weiteren Genehmigungspflichten festgesetzt worden. Das gleiche gilt grundsätzlich auch für Schleswig, Hannover und Hessen-Nassau, jedoch bestehen hier für einige gewerbliche - und auch landwirtschaftliche - Nutzungen besondere Bestimmungen, die sich mit Beschränkungen befassen, welche im öffentlichen Interesse und zum Schutz vor Beeinträchtigungen der Wasserqualität und anderer Nutzungsmöglichkeiten von den Verwaltungsbehörden später angeordnet werden können[1]. Es handelt sich dabei also nicht um präventive Maßnahmen, sondern um die Ausübung von Aufsichtsfunktionen. Wenn sie auch dem gleichen Ziel dienen wie die polizeiliche Genehmigung, so gehören sie doch systematisch nicht in diesen Absatz und sind hier nur genannt, um dem Eindruck vorzubeugen, die betreffenden Länder seien diesen Problemen gegenüber untätig geblieben. In Hannover setzte allerdings auch schon die Errichtung einer Bewässerungsanlage eine polizeiliche Genehmigung voraus[2].

Besondere, umfangreiche Bestimmungen für die Privatflüsse hat Kurhessen in der Verordnung vom 31.12.1824[3] getroffen: außer den genannten Stauanlagen ist auch die Errichtung jeglicher anderen Dämme, Wehre, Schleusen, Wassermaschinen sowie Bewässerungsanlagen von der polizeilichen Genehmigung durch die Wasserbehörde abhängig[4]. Grundsätzlich verboten und nur nach ausnahmsweiser polizeilicher Genehmigung zulässig ist die Einrichtung von Flachsröten[5], ebenso die Anlegung von Viehtränken und der-

---

ordnung für das Herzogtum Lauenburg vom 22.5.1857.

1) §95 i.V.m.§61 Hannoversches Gesetz vom 22.8.1847; Einzelheiten bei Nieberding - Frank, S.288ff. u. 301ff.
2) §53 Hannoversches Gesetz vom 22.8.1847.
3) Oben S.51, 242.
4) §16 Verordnung vom 31.12.1824.
5) §19 Verordnung vom 31.12.1824.

gleichen Ufereinrichtungen[1].

Die Ausführungen zeigen, daß gegenüber den bisherigen Gesetzen die hoheitlichen Ordnungsmaßnahmen bei den Nutzungen der Eigentümer an Zahl wesentlich zugenommen haben, da sie nun auch die Gruppe der die Wasserqualität belastenden Gebrauchsarten umfassen.

bb) Genehmigungsfreier Gebrauch

Eine Aufzählung, welche Tätigkeiten an den Privatflüssen wasserrechtlich genehmigungsfrei sind, enthält keines der Gesetze. Diese Benutzungen ergeben sich vielmehr infolge der genannten Grundbestimmungen von Art. 54 I WBG und § 13 i.V.m. § 1 Privatflußgesetz[2] durch einen Umkehrschluß aus dem oben Gesagten.

Daraus folgt als erstes, daß alle bisher nicht aufgeführten gewerblichen Anlagen, die das Wasser für ihren Betrieb benutzen, hierher gehören, denn nicht nur die beiden, sondern auch alle anderen Gesetze gingen grundsätzlich von der Genehmigungsfreiheit derartiger Einrichtungen aus und nannten daher nur die Ausnahmen[3]. Diese aber haben erkennen lassen, daß gewerbliche Anlagen, die die im einzelnen bereits aufgeführten Nachteile für Wasser oder Allgemeinheit haben, auf jeden Fall nicht mehr genehmigungsfrei sind. Ähnlich verhält es sich bei anderen Anlagen, insbesondere den Bewässerungen; ohne weiteres durfte der Eigentümer sein Wasserstück zu diesen Zwecken benutzen; die Freiheit war allerdings begrenzt: in Bayern, falls der Eigentümer dazu eine Stauanlage benötigte, durch Art. 73 I WBG und im Geltungsbereich des ALR, wenn für die Bewässerungsanlage ein Triebwerk errichtet wurde, beispielsweise ein Schöpfrad.

---

1) § 23 Verordnung vom 31.12.1824.
2) Oben S.237.
3) Für die Gesetze in Preußen vertritt diese Ansicht Nieberding - Frank, S.301.

Die gewerblichen - wie auch alle anderen - Anlagen zu deren Errichtung und Betrieb der Eigentümer frei befugt war, durften nicht den Rahmen der genannten genehmigungspflichtigen Benutzungen berühren; beispielsweise unterlag das Einwerfen von Steinen und Erde im Geltungsbereich des Privatflußgesetzes auch dann der Genehmigungspflicht nach §4, wenn es zur Errichtung einer frei zulässigen Anlage geschah.

Genehmigungsfrei waren die Nutzungen des Gewässerbettes durch Entnahme von Steinen, Kies, Pflanzen, Sand oder Schlamm sowie der Weidenschnitt. In Art. 46 I WBG wird das ausdrücklich aufgeführt, allerdings aus dem Grunde, um der allgemeinen, bereits in Art. 54 I WBG enthaltenen Beschränkung noch diejenige hinzuzufügen, bei dieser Tätigkeit keine Nachteile für die Sicherheit sämtlicher[1] Ufer zu schaffen.

Die Aufzählung der genehmigungsfreien Tätigkeiten an dieser Stelle ist wegen der negativen Abgrenzung nur beispielhaft.

Da in den nicht vom Privatflußgesetz erfaßten Gebieten Preußens das Erfordernis einer Genehmigung begrenzter war als nach diesem Gesetz, konnte kraft des Eigentumsrechts hier ein noch größerer Kreis von Tätigkeiten frei ausgeübt werden (wobei der Umfang in Kurhessen wieder etwas beschränkter war[2]).

Zur Verhütung von Beeinträchtigungen des Bedarfs an reinem Wasser für Bewässerungsanlagen setzte das allgemein in ganz Preußen bestehende Polizeiverordnungsrecht der Verwaltungsbehörden[3] den Tätigkeiten Grenzen in der Intensität der Nutzungen und der Art ihrer Ausführung.

Über die Privatgewässer des Art. 33 I WBG stand gemäß

---

1) Reuß, Anm.zu Art.46 I,S.96.
2) Oben S.251.
3) §§136ff. Landesverwaltungsgesetz vom 30.7.1883.

Art. 34 WBG dem Eigentümer die ausschließliche Verfügung zu, mit der einzigen Beschränkung, daß er dem auf seinem Grundstück entspringenden oder sich darauf natürlich sammelnden Wasser zum Abfluß auf fremdes Eigentum keine dieses belästigende - hierauf kam es an - andere Leitung geben durfte, als sie nach den topographischen Verhältnissen auch natürlich entstehen würde. Umgekehrt war aber auch der Eigentümer des tiefer liegenden Grundstücks nicht befugt, den Ablauf des Wassers von dem höher befindlichen zum Nachteil dieses Grundstücks zu hindern (Art. 35 WBG).

Durch Art. 102 I WBG wurde dem Eigentümer jeder Inhaber eines nutzbaren dinglichen Rechts gleichgestellt.

Im Geltungsbereich des Privatflußgesetzes bleibt es für die Privatgewässer bei den Regelungen des ALR[1)].

b) Das Verhältnis zwischen der wasserrechtlichen Genehmigung und derjenigen nach §16 Gewerbeordnung

Wurde im vergangenen Untersuchungszeitraum das Verhältnis verschiedener Genehmigungen zueinander noch als weitgehend ungeklärt angesehen[2)], so hat sich inzwischen ein Wandel vollzogen, der hier zu folgender Auffassung führt:

Gemäß §16 Gew.O. bedurften die Stauanlagen für Wassertriebwerke zu ihrer Errichtung einer Genehmigung. Vor Inkrafttreten dieses Gesetzes sahen bisweilen partikulare Gewerbeordnungen dasselbe vor. Die Genehmigung nach §16 Gew.O. wurde erteilt zur Errichtung der gewerblichen Betriebsanlage; sie gab daher nur die Befugnis zur Ausübung des Gewerbes, war aber getrennt von der Frage nach dem Ausmaß der Benutzung des Wasserlaufs durch den Gewerbeberechtigten und änderte in diesen Rechtsverhältnissen nicht. Das ist in Rechtsprechung und Literatur des Untersuchungs-

---

1) Oben S.148 ff.
2) Oben S.150 f.

zeitraums die einhellige Meinung[1]. Es werde durch die Gewerbegenehmigung kein Recht auf Wassernutzung eröffnet, sodaß dieser Gebrauch weiterhin den in den Wassergesetzen vorgesehenen besonderen Voraussetzungen und Beschränkungen unterlag. Insoweit war die wasserrechtliche Genehmigung unabhängig von der gewerberechtlichen.

Das Verfahren zur Erteilung der Genehmigung bestimmte sich seit Inkrafttreten der Reichsgewerbeordnung nur noch nach dieser; die formellen Bestimmungen anderer noch anzuwendender - auch älterer - Gesetze (auch Gewerbeordnungen) sowie deren Reskripte und Verordnungen blieben nur insoweit aufrechterhalten, als sie mit der Reichsgewerbeordnung nicht in Widerspruch standen; sie waren konform mit ihr auszulegen. Das besagt auch §23 Gew.O. Im allgemeinen enthielten die Wassergesetze eine Verweisung[2] auf die Anwendung der Verfahrensvorschriften der Gewerbeordnung auch für die wasserrechtliche Genehmigung.

Zum Zusammentreffen der gewerberechtlichen Genehmigung mit einer in den Wassergesetzen aufgeführten konnte es zwar noch in anderen Fällen kommen, jedoch handelte es sich dabei stets um die polizeiliche Genehmigung. Da die Aufzählung der die Wasserqualität belastenden Anlagen in Art. 58 WBG und §3 Privatflußgesetz nur beispielhaft gemeint war, bedurfte eine Anlage, die zu ihrer Errichtung eine Genehmigung nach §16 Gew.O. voraussetzte, zur Einleitung ihres Abfallwassers in den Privatfluß zusätzlich der polizeilichen Genehmigung[3]. Die privat - wie öffentlich-rechtlich gesicherte Stellung, die die Fabrikanlage durch die Gewerbegenehmigung erhielt, hinderte die zuständige Behörde nicht, beispielsweise gemäß §4 Privat-

---

1) OLG München in Strafsachen, Bd.VI S.381; Reuß, Anm.zu Art.58,S.125; Nieberding - Frank, S.304.
2) Soweit sie nach Inkrafttreten der Gew.O. kodifiziert worden sind: Art.24 bad.WG von 1876; Art.15 n.F. (= Art.14 a.F.) Bachgesetz von 1887.
3) OLG München in Strafsachen, Bd.VI,S.162,531 und 378.

flußgesetz bei der Einleitung der Abfälle den Bedarf der Umgegend an reinem Wasser sicher stellen zu lassen, ja sogar noch nachträglich die Zuführung der Stoffe wieder teilweise oder ganz zu untersagen[1].

c) Der materielle nachbarrechtliche Gehalt der Eigentümernutzungsrechte

Die von den Spezialgesetzen des Untersuchungszeitraums dem Eigentümergebrauch gezogenen rechtlichen Grenzen beruhen zwar auf den gleichen Grundgedanken, wie sie bereits zu den ihnen vorausgegangenen Kodifikationen entwickelt worden waren[2], sie sind jedoch wesentlich differenzierter und besonders in Privatflußgesetz und WBG sehr ins einzelne gehend aufgeführt. Nicht zuletzt trugen auch Rechtsprechung und Literatur zu größerer Klarheit bei. Ein Hauptaugenmerk wird vor allem dem Schutz der Triebwerksbesitzer vor Entziehung des Wassers geschenkt, in diesem Zusammenhang aber zugleich das Interesse der Allgemeinheit am Wasserdargebot wieder stärker beachtet. Das entspricht der bereits aufgezeigten Tendenz einer größeren Berücksichtigung öffentlicher Interessen auch an den Privatgewässern.

Den auch jetzt wieder des leichteren Uberblicks wegen - soweit sie exemplarisch sind - stellvertretend untersuchten Privatflußgesetz und WBG ist, obwohl die einzelnen Vorschriften verstreut angeordnet sind, anzumerken, daß die den Eigentümernutzungsrechten auferlegten Beschränkungen Konkretisierungen derselben Richtlinien sind, die auch schon die vorangegangenen Kodifikationen beherrschten.

aa) Die Grundgedanken der Ausgestaltung

Diese bisher mit dem Begriff der Gemeinschaft aller am Gewässer Beteiligten umschriebenen Grundgedanken formu-

---

1) Nieberding - Frank, S.304.
2) Oben S.153 ff.

liert erstmals das WBG ausdrücklich in Art. 39 II; es gestattet dort dem Ufereigentümer die Benutzung des Wassers nur mit Rücksicht auf die Rechte der übrigen Ufereigentümer und der sonstigen Wasserberechtigten. Ausflüsse dieses Grundgedankens sind nicht nur die oben[1] bereits angedeuteten inhaltlichen Beschränkungen des Eigentümernutzungsrechts durch Art. 54 I WBG, sondern es ist auch die - in diesem Gesetz besonders ausführliche - Regelung der wasserrechtlichen Genehmigung.

Dem Privatflußgesetz fehlt ein ausdrücklicher Hinweis auf den genannten Grundsatz; es beschränkt sich auf dessen Konkretisierung.

Den in Preußen außerhalb des Bereichs des Privatflußgesetzes geltenden Wasserrechtsvorschriften war der genannte Grundgedanke ebenfalls eigen; das folgt aus der gmeinrechtlichen Herkunft dieser Gesetze[2] und geht auch aus den bereits dargelegten Verfahrensvorschriften hervor[3]. Bisweilen ist er auch ausdrücklich normiert[4].

bb) Allgemein: die inhaltlichen Beschränkungen der Eigentümernutzungsrechte

In den Konkretisierungen der obigen Richtschnur stimmen die hier untersuchten Gesetze weitgehend überein. Allen gemeinsam anzumerken ist eine Unterscheidung nach drei Zielgruppen, mit Blick auf die die Beschränkungen der Nutzungsrechte der Eigentümer festgelegt werden: es sind dies die Triebwerksbesitzer, die anderen - nicht herausgehobenen - Gewässerbenutzer und die Allgemeinheit.

Was die letzte Gruppe betrifft, so sind hier in den wichtigsten Gesetzen Reduzierungen in der Nutzung vorgesehen, wenn den Bewohnern der unterhalb am Wasserlauf gelegenen

---

1) Oben S.237.
2) Vgl.oben S.154 ff.
3) Oben,S.242ff.;weitere Einzelheiten bei Nieberding - Frank, S.98ff.
4) §4 Provisorische Verfügung für die Geest des Hgth. Schleswig vom 6.9.1863.

Gegend das für ihren Bedarf nötige Wasser entzogen wird und dadurch die Entstehung einer wirtschaftlichen Notlage zu besorgen wäre[1]. Bisweilen handelte es sich hierbei allerdings auch um Aufsichtsfunktionen des Staates. In Bayern, wo gemäß Art. 66 II WBG auf den Privatflüssen mit unverbundenen Hölzern geflößt werden konnte, verbietet Art. 67 WBG den Ufereigentümern jede die Flößerei gefährdende Benutzung (was vor allem eine Beschränkung für Wasserableitung bedeutete) und verpflichtet sie, den Flößern die nötige Betretung der Ufer und die Einräumung eines Pfades zu gestatten.

Die den Eigentümernutzungsrechten aus Rücksicht auf die anderen Ufereigentümer und Wasserberechtigten auferlegten Beschränkungen sind in den Kernbestimmungen von §13 Privatflußgesetz und Art. 54 I WBG enthalten. Es sind dies das Verbot der Verursachung von Rückstau sowie Überschwemmung und Versumpfung fremder Grundstücke und die Pflicht, das Wasser vor Verlassen des eigenen Grundstücks in das ursprüngliche Bett wieder zurückzuleiten.

Was zunächst den Rückstau anbelangt, so ist dieser dem Eigentümer nur dann verboten, wenn er einem anderen schädlich ist; im WBG besagt das bereits der Gesetzestext, für das Privatflußgesetz das Schrifttum[2]. Geringe Unbequemlichkeiten sind allerdings unbeachtlich[3]. Gleichgültig ist bei beiden Gesetzen, ob der Rückstau für den Ober- oder Unterlieger schädlich ist[4]. Gleichgültig ist nach Ansicht des preußischen Obertribunals auch[5], ob der Rückstau für das betroffene Grundstück selbst oder für eine gewerbliche oder sonstige Anlage auf ihm schädlich ist. Hinsichtlich der Länge des Rückstaus wird für

---

1) §15 Privatflußgesetz;Art.56 WBG;§52 Provisorische Verfügung für die Geest des Hgth.Schleswig v.6.9.1863; §60 Hannoversches Gesetz v.22.8.1847.
2) Nieberding - Frank, S.257.
3) Reuß, Anm.zu Art.54 I Ziff.1,S.115.
4) Reuß, Anm.zu Art.54 I Ziff.1,S.115; Scheele, S.39.
5) Str.A.49,36.

das bayerische Gesetz die Ansicht vertreten, daß sie die Eigentumsgrenze des Stauenden nicht zu überschreiten brauche; es genüge bereits, daß der Oberlieger durch die Verminderung des Gefälles mehr Hinterwasser bekomme[1]. Auch für das Privatflußgesetz schließt die Formulierung "kein Rückstau über die Grenzen des eigenen Grundstücks hinaus" eine derartige Deutung nicht aus.

Das Verbot der Verursachung von Überschwemmung oder Versumpfung fremder Grundstücke bezieht sich nicht nur auf eine derartige Schädigung durch einen Rückstau, sondern auch durch jede Leitung oder andere Maßnahme[2]; ausschlaggebend ist allein die Verursachung.

cc) Im Besonderen: die Gestaltung der Zuflußverhältnisse

Gegenüber den aus dem vorangegangenen Untersuchungszeitraum bekannten theoretischen Möglichkeiten einer Regelung der Zuflußverhältnisse hat sich eine Änderung oder Erweiterung nicht ergeben. Gestaltungsmittel bleiben weiterhin das Recht auf Zufluß und der - allgemeine oder besondere - Schutz vor Wasserentziehung.

aaa) Das Recht auf Zufluß als Inhalt des Eigentumsrechts

Auch für den hier behandelten Zeitraum läßt sich die Anerkennung eines Rechts auf Zufluß von Wasser bestimmter Menge oder Güte als Inhalt des Eigentumsrechts nicht feststellen. In der Literatur dieser Zeit wird die Frage der Gestaltung der Zuflußverhältnisse unter diesem Gesichtspunkt kaum behandelt. Verschiedentlich hatte sich dagegen die Rechtsprechung nach dem Inkrafttreten des BGB mit diesem Problem im Hinblick darauf zu befassen, ob eine Wasserentziehung oder -verunreinigung ein Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb sei. Allerdings wurde das stets abgelehnt mit der Begründung,

1) Reuß, Anm.zu Art.54 I Ziff.1,S.115.
2) Nieberding - Frank, S.257; Reuß, Anm.zu Art.54 I Ziff.1,S.115.

derartige Beeinträchtigungen wirkten nur auf die materielle Grundlage des Gewerbebetriebs ein[1], betrafen ihn aber nicht "als solchen"[2]. Aber auch die Einwirkung auf die materielle Grundlage des Betriebes, die Verunreinigung des im Eigentum des Gewerbetreibenden stehenden Wassers, sei keine widerrechtliche Verletzung eines subjektiven Rechts[3]. Damit ist ausgesagt, daß eine Ausstrahlung des Eigentumsrechts über die räumlichen Grenzen der Verfügungsmacht hinaus als Anspruch auf Regenerierung der Wassersäule nicht anerkannt wird.

Diese Auffassung wird unterstrichen durch die Tatsache, daß es Rechtsprechung und Literatur[4] selbst bei den besonders zuflußbedürftigen Mühlen ablehnen, bereits aus dem ihnen zugrunde liegenden Recht einen Anspruch auf die Ausnutzung des Gefälles und auf Verbot benachteiligender Nutzungen herzuleiten.

Dem entspricht es auch, daß in der Praxis dem Verletzten in derartigen Fällen nur auf dem Weg über gesetzlich festgelegte Schutzvorschriften geholfen wird.

Mit dieser Auffassung ist schließlich die Zubilligung des Erwerbs eines Titels zu vereinbaren, aufgrund dessen der Berechtigte dem Schuldner gegenüber einen bestimmten Zufluß beanspruchen kann. Bei dieser Möglichkeit muß nicht nur darauf hingewiesen werden, daß besonders titulierte Rechte von der Nachfolgegesetzgebung grundsätzlich aufrechterhalten werden, sondern auch darauf, daß ein solcher Titel im wasserrechtlichen Genehmigungsverfahren zum Widerspruch berechtigt und falls es sich um ein besonderes Privatrecht handelt, von der anspruchsvernichtenden Drittwirkung des Verfahrens in der Regel nicht erfaßt wird[5].

---

1) RG in JW 1909,493.
2) RG in Warn. Jahrb. 1910,439 Nr.420.
3) RG in JW 1909,493.
4) Seuff.Arch.33 Nr.2; Zeller,Anm.I zu Art.17 a.F.,S.36ff.
5) Vgl. oben S.244 ff. und unten S.318 ff.

Wie im vorangegangenen Untersuchungszeitraum ist der Eigentümer auch derzeit also auf diesem Gebiet auf komplementäre Vorschriften angewiesen[1].

bbb) Der allgemeine Schutz vor Wasserentziehung

Dieser Schutz manifestiert sich in der Verpflichtung des Eigentümers, abgeleitetes Wasser wieder in das ursprüngliche Bett des Flusses zurückzuführen, bevor dieser das Ufer eines fremden Grundstücks berührt. Das im vorangegangenen Zeitabschnitt nur in Art. 644 II NBGB (= Satz 644 II BL) gesetzlich festgelegte Gebot findet sich nunmehr in fast allen Normen aufgeführt[2].

In Anspruch genommen werden konnte der Schutz nicht nur von anderen Gewässereigentümern, sondern von jedermann, der ein Recht auf die Benutzung des Wassers hatte, auch wenn er nicht Anlieger war. Für das Privatflußgesetz wird das in späterer Literatur[3] ausdrücklich als unstreitig betont; auch in den anderen Ländern wird hierüber nicht diskutiert. Ein eigens statuierter Schutz wird den Eigentümern der gegenüberliegenden Ufer zuteil, indem ihnen ein Anspruch auf die Hälfte des Wassers (§14 Privatflußgesetz), bzw. auf gleichheitliche Benutzung (Art. 55 WBG) gegeben wird.

Eingehender befassen sich Schrifttum und Rechtsprechung mit den Einzelheiten im Umfang der Verpflichtung - vor allem beim Privatflußgesetz. So begründen zunächst Scheele[4] und das preußische Obertribunal[5] ausführlich, daß mit dem Ufer eines fremden Grundstücks nur dasjenige gemeint sei, das auf derselben Seite liegt, auf der auch die Ableitung stattfindet, ein auf der gegenüberliegenden

---

1) Oben S.161.
2) z.B.:§13 Ziff.2 Privatflußgesetz; Art.54 I Ziff.2 WBG; §50 Ziff.4 Provisorische Verfügung für die Geest des Hgth. Schleswig vom 6.9.1863.
3) HKS I,Anm.B zu §43,S.295.
4) Scheele, S.36ff.
5) Ob.Tr.,Bd.26,S.476 (Plenarbeschluß vom 16.1.1854).

Seite inzwischen beginnendes Grundstück eines Dritten aber außer Betracht bleibe. Die Mühe wird verständlich, wenn man bedenkt, daß gut ein Jahr zuvor das preußische Obertribunal noch entgegengesetzter Ansicht war[1]. Für das WBG stellt Reuß[2] ohne weitere Hinweise fest, daß es sich um dieselbe Uferseite handeln müsse. Ebenso lapidar ist er auch in seiner Kommentierung darüber, daß das Gebot der Rückleitung nicht den Verbrauch einer gewissen Wassermenge verbiete, sofern nur auf die Rechte der anderen Ufereigentümer und sonstigen am Wasser Berechtigten Rücksicht genommen werde, wie Art. 39 II WBG dies verlangt. Auf diese Bestimmung als Maßstab weist auch Pözl hin[3].

Beim Privatflußgesetz, das diesen Grundgedanken nicht ausdrücklich erwähnt, fiel Rechtsprechung und Lehre in verstärktem Maße die Aufgabe zu, die ungenannte Richtlinie sichtbar zu machen. So betonen Nieberding - Frank[4], daß dem Eigentümer die Benutzung des Flußwassers nur für seine an das Ufer stoßenden Grundstücke zusteht, nicht auch für andere Liegenschaften, zu denen er es erst über fremdes Eigentum leiten muß. Fälle in der Rechtsprechung ergeben, daß der Eigentümer dem Wasser durch die Benutzung seine chemisch-physikalischen Eigenschaften nicht völlig nehmen und den Unterliegern dadurch die Nutzung unmöglich machen darf, daß er für eine bloße Verschlechterung des Wassers aber, die es nicht mehr zu jeglichem Gebrauch geeignet macht[5] oder für einen gewissen Verbrauch, auch durch Verdunstung, keine Sorge zu tragen braucht[6]. Maßstab für die vom Unterlieger zu duldende Verschlechterung war, wie im vorausgegangenen Untersuchungszeitraum, die Gemeinüblichkeit[7]. Meinungsverschie-

---

1) Str.A.7,326 (pr.Ob.Tr. Entscheidung vom 1.12.1852).
2) Reuß, Anm.zu Art.54 I Ziff. 2,S.116.
3) Pözl, S.148.
4) Nieberding - Frank, S.255.
5) Str.A.45,83.
6) RGZ 2,110; 16,178.
7) Werneburg in ZAGr 6,193(206); Pr.OVG in ZAGr 6,117(118);

denheiten bestehen darüber, wie weit der Begriff des Verbrauchs noch Maßnahmen deckt, die über die eigentliche Nutzung hinausgehen. Nieberding[1] hält es nicht nur für unzulässig, ausgeleitetes Wasser anderen Abflußwegen mitzuteilen - wobei ihm angesichts der Formulierung von §13 Ziff. 2 Privatflußgesetz beizupflichten ist -, sondern auch, dieses Wasser in Teichen und Behältern zu sammeln, die keine Zuleitung zum Fluß besitzen; er wendet sich dabei gegen Scheele, der seiner Ansicht nach einer völligen Zurückhaltung des Wassers das Wort reden will, dürfte ihn dabei aber falsch verstanden haben, denn Scheele[2] gesteht dem Eigentümer nur zu, das Wasser nach Belieben lange zurückzuhalten und dabei in Bassins zu sammeln, wobei nach Meinung des Verfassers mit dem Wort "zurückhalten" aber auch gerade ausgedrückt wird, daß es dem Flusse danach wieder eingeleitet werden soll.

Gegenüber den hier genannten Beschränkungen können sich die Ufereigentümer von unmittelbar aneinander grenzenden am Flusse liegenden Grundstücken gemäß §13 Satz 2 Privatflußgesetz und Art. 54 III WBG Erleichterung durch vertragliche Vereinbarungen schaffen, auf Grund derer die betreffenden Grundstücke dann als ein einziges angesehen werden.

Bei Wassermangel wird gemäß Art. 60 WBG durch Anordnung der Verwaltungsbehörde sichergestellt, daß jeder Berechtigte unter größtmöglicher Berücksichtigung der bestehenden Rechte seine Tätigkeit weiter ausüben kann; das bedeutet, daß ein jeder gleichermaßen zu Abstrichen bei seiner Nutzung angehalten werden kann.

ccc) Der besondere Schutz vor Wasserentziehung

Der für einige bestimmte Benutzungen vorgesehene beson-

Pr OVG in zAGr.7,29(30); vgl.oben S.156 f.
1) Nieberding - Frank, S.257.
2) Scheele, S.39.

dere Schutz vor der Entziehung von Wasser besteht nicht mehr im gesamten Untersuchungsgebiet darin, daß wie im vorangegangenen Abschnitt[1] nicht der Verpflichtete, sondern der zu Schützende den Umfang des Zuflusses bestimmt. Übereinstimmung herrscht aber darin, bestimmten Nutzungen einen herausgehobenen Schutz zukommen zu lassen. Dieser beschränkt sich jetzt nicht mehr nur auf Mühlen, sondern umfaßt auch andere Triebwerke.

Das Privatflußgesetz führt ihn in den §§16, 17 auf, wobei trotz mißlungener Redaktion der Bestimmungen[2] zu erkennen ist, daß darauf abgestellt wird, ob der Grad der Wasserausnutzung oder der Umfang des Betriebes eines Triebwerkes auf einem speziellen Rechtstitel beruhen oder nicht.

Unter einer solchen Rechtsgrundlage werden alle die Titel verstanden, durch die ein Privatrecht erworben werden kann, also auch die Ersitzung[3]. Deren Voraussetzungen sind bereits dargestellt worden[4]; zu beachten ist dabei für die Ersitzung eines Rechts auf Wasserzufluß, daß der bloße Besitz eines Triebwerks dazu nicht ausreicht, denn die einfache Tatsache, daß bisher Wasser zugeflossen und durch Stauanlagen dem Triebwerk zugeleitet worden ist, begründet noch keine tatsächliche Herrschaft über das Wasser, das erst noch zufließen soll und damit auch noch nicht die Inhaberschaft des Rechts auf zukünftigen Zufluß; erforderlich für die Unterscheidung der Ersitzung von diesem bloßen tatsächlichen Zustand (vetustas) ist vielmehr noch eine auf den Zufluß gerichtete Willensäußerung die sichtbar geworden sein muß, z.B. durch die erfolgreiche Untersagung der Wasserableitung gegenüber einem Oberlieger[5].

---

1) Oben S.161 ff.
2) Scheele, S.44ff.
3) Scheele, S.44.
4) Oben S.166 f.
5) Scheele, S.45f.

Durch diese Unterscheidung zwischen Werken mit und ohne tituliertem Zuflußrecht hat das Privatflußgesetz in der Absicht, eine für die Allgemeinheit nachteilige Beschränkung in der Ausnutzung des Wasserdargebotes zu beseitigen[1], mit der früheren Auffassung gebrochen, bei der der jeweilige Umfang des Werkes die Menge des Zuflusses bestimmte.

Dem Schutz vor Wasserentziehung liegt folgendes System zugrunde:

Ist ein spezieller Rechtstitel vorhanden, so kommt es nicht darauf an, ob die Anlage zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Privatflußgesetzes schon bestand oder nicht, ausschlaggebend ist allein, daß sie da war, bevor ein Eigentümer mit seiner neuen Nutzung begann. Diese neue Nutzung darf dann nicht das auf dem Titel beruhende Recht zur ausschließlichen Benutzung des Wassers oder eines Teiles desselben beeinträchtigen (§16 Ziff. a Privatflußgesetz). Das gleiche gilt auch, wenn der augenblickliche Umfang des Werkes hinter dem im Rechtstitel eingeräumten Wasserverbrauch zurücksteht; in diesen Bereich darf selbst dann nicht eingegriffen werden, wenn das den derzeitigen Betrieb noch nicht stören würde (§17 Ziff. 2 Privatflußgesetz). Eine Überschreitung des Maßes im Rechtstitel wird allerdings nicht geschützt (§17 Ziff. 1 Privatflußgesetz).

Ist ein spezieller Titel nicht vorhanden, so muß unterschieden werden, ob das Triebwerk schon vor dem Inkrafttreten des Privatflußgesetzes errichtet war oder nicht.

Im ersten Fall wurde dem Triebwerk ein Anspruch auf Wasser in dem Umfang gegeben, wie er für den Betrieb im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes notwendig war (§16 Ziff. b Privatflußgesetz). Diese Regelung wurde aus Gründen der Übereinstimmung mit ALR II 15 §246[2] getrof-

1) HKS I,Anm.B zu §42,S.287.
2) Oben S.162 und 201 f.

fen. Wie schon dort wird auch hier der Begriff der "Notwendigkeit" vom Gesetz nicht näher ausgeleuchtet, ist jedoch von der Rechtsprechung[1] dahin präzisiert worden, daß dafür nicht nur der tatsächlich stattgehabte Betrieb ausschlaggebend war, sondern auch der Umfang, in dem das Werk darüber hinaus nach Art der vorhandenen Anlagen hätte arbeiten können.

Im zweiten Fall ist ein besonderer Anspruch auf Zufluß von Wasser nicht gegeben. Es werden weder die Erweiterung noch die Neuanlage eines Triebwerkes vor anderen Wasserbenutzungen herausragend geschützt, falls sich diese in den bisher genannten gesetzlichen Grenzen halten (§16 Privatflußgesetz), selbst wenn dadurch der Betrieb des Werkes unmöglich werden sollte[2].

Wie weit die Triebwerkseigentümer der von den §§16 Ziff. b und 17 Privatflußgesetz erfaßten Fälle davor geschützt waren, wegen anderer Benutzungen Veränderungen an ihren Anlagen vornehmen zu müssen, zeigt §37 Privatflußgesetz. Die Vorschrift führt als Grundsatz auf, daß der Triebwerksbenutzer - falls ihm durch eine Bewässerungsanlage Wasser entzogen wird - nicht zu einer Abänderung seiner inneren Einrichtungen genötigt werden kann, sich aber die zweckmäßige Anlage des Stauwerks, des Gerinnes und dergleichen gefallen lassen muß. Die Kosten hierfür trägt der Nutzer der Bewässerung, der außerdem den durch die Umbauarbeiten bedingten Gewinnausfall sowie alle weiteren Belastungen finanziell auszugleichen hat.

Für Bayern wird der besondere Schutz der Triebwerke vor Wasserentziehung auf eine andere Weise vorgenommen, die gegenüber dem Privatflußgesetz und ALR ein größeres Maß in der Berücksichtigung der Interessen der Allgemeinheit - vom WBG stets stark beachtet - gewährleistet. In Art. 61 WBG wird festgesetzt, daß in Privatflüssen und Bächen,

---

1) Ob.Tr.35,173; Str.A.44,58.
2) Nieberding - Frank, S.259.

an denen sich Triebwerke befinden, vom Bereich des zu oberst gelegenen Werkes an kein anderer Nutzungsberechtigter mehr Anlagen oder Einrichtungen treffen oder bestehende ändern darf wenn dadurch das Fließen des Wassers gehemmt oder beschleunigt wird. Dies ist erst nach Anzeige bei der Verwaltungsbehörde möglich, der gemäß Art. 52 I WBG die Überwachung des Gebrauchs der Privatflüsse zukommt und die Wahrung der Verträglichkeit der Nutzungen mit dem allgemeinen Interesse obliegt; hierzu gehört auch die geordnete Bewirtschaftung und Zuteilung der Wassermenge[1]. Den räumlichen Umfang, in dem der Triebwerksbenutzer geschützt war, bezeichnet der Ausdruck "Bereich", unter dem aufwärts die gesamte zugehörige Stauhaltung, abwärts mindestens die Länge der Triebwerksgerinne und Leerschüsse sowie dazu alle innerhalb dieses Gebietes in den Wasserlauf einmündenden Gewässer in der Länge verstanden werden, in der Anlagen an ihnen das Triebwerk beeinflussen[2]. Einen Hinweis auf den materiellen Umfang des Schutzes gibt Art. 63 I WBG, der festhält, unter welchen Voraussetzungen im gesamten Bereich eine das Triebwerk beeinflussende Anlage genehmigt werden kann: nur wenn diese benachbarten Grundstücken einen bedeutenden Vorteil verschafft, ohne daß dem Gewerbebetrieb ein erheblicher Nachteil erwächst, darf ihm das zugehörige Wasser oder ein Teil davon entzogen werden. Stundenweises Aussetzen des Betriebes muß in der Regel in Kauf genommen werden[3].

Für die nicht vom Privatflußgesetz - und WBG - erfaßten Gebiete Preußens sind die positiven Bestimmungen wieder spärlicher. Durch §2 Kapitel 57 des in Schleswig und Holstein geltenden Jütischen Lows wird Müllern, die eine Mühle bauen, untersagt, mit ihrer Stauung andere Mühlengänge zu hindern, die von altersher bestehen. Ansonsten

---

1) Reuß, Anm.zu Art.52 I,S.110.
2) Reuß, Anm.zu Art.61 I,S.131.
3) Reuß, Anm.zu Art.63 I,S.137.

setzt für Schleswig § 54 der Provisorischen Verfügung vom 6.9.1863 fest, daß Mühlen und andere Triebwerke in der Verfügung über die Wassermasse geschützt werden, die deren Besitzer notwendig gebrauchen, um die ihnen zustehenden Privilegien gehörig ausüben zu können.

Derartiges ist in den Wasserlösungsordnungen für Holstein und Lauenburg nicht ersichtlich.

Ebenso wie in Schleswig wird auch in Hannover den Triebwerksbesitzern ein Untersagungsrecht gegen Wasserentziehung gegeben; gemäß §84 des Gesetzes vom 22.8.1847 sind die Stauanlagen allerdings nur in ihrem zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes bestehenden Umfang vor Entziehung geschützt. Im Zusammenhang mit Bewässerungsanlagen sind Regelungen für den Fall getroffen, daß das Dargebot zur Befriedigung aller Ansprüche unzureichend ist; der §61 des Gesetzes vom 22.8.1847 geht von dem Grundgedanken aus, das Wasser nach Menge und Gebrauchszeiten so einzuteilen, daß jede Anlage möglichst den erforderlichen Zufluß erhält und bevorzugt ansonsten die älteren vor den jüngeren Anlagen.

Für Kurhessen enthält die Gräbenordnung vom 6.11.1739[1] in Art. XXXVIII §3 das Verbot, den Müllern durch unzeitiges Bewässern das Mühlwasser zu entziehen; in Hohenzollern dürfen an den Gewässern, die Mühlen treiben, alle übrigen Beteiligten nur soweit Vorteile aus dem Wasser ziehen, als das unbeschadet des Gewerbebetriebes möglich ist; umgekehrt hat aber auch der Müller sich an Art und Ausdehnung seiner Berechtigung zu halten und darf seine Benutzung niemals zum Nachteil von Eigentümern oder anderen Berechtigten ausdehnen[2].

---

1) Oben S.51.
2) §24 Mühl-Ordnung vom 8.11.1845.

d) Möglichkeiten der Erweiterung der Eigentümernutzungsrechte

Ebenso wie im vorangegangenen Untersuchungszeitraum war es auch in diesem Abschnitt möglich, daß sich die Eigentümer von den ihre Nutzungen treffenden Beschränkungen befreien. Das wird von keinem der vorliegenden Gesetze ausdrücklich erwähnt, jedoch geben die Vorschriften von § 13 Satz 2 Privatflußgesetz und Art. 54 III WBG, denen zufolge sich mehrere benachbarte Eigentümer über eine Benutzung dergestalt einigen können, daß ihre Grundstücke als ein einziges betrachtet werden, einen entsprechenden Hinweis. Keines der Gesetze schließt Abweichungsmöglichkeiten ausdrücklich aus. Sie entsprechen der rechtlichen Natur der Verfügungsbefugnis und können daher mit anderen Gewässerbenutzern durch Vertrag vereinbart werden. Aber auch alle anderen allgemeinen zivilrechtlichen Titel, wie sie bereits dargestellt worden sind[1], kommen für einen derartigen Erwerb in Betracht. Das steht auch nicht in Widerspruch zu den Ansichten Nieberdings[2], da ihnen zufolge die Nutzungen der Flüsse dem privaten Rechtsverkehr unbeschränkt unterworfen sind[3]. Die Verfügungsbefugnis des Vertragspartners und die von den geltenden Gesetzen den Nutzungen gezogenen Grenzen bestimmen zugleich aber auch das Ausmaß der Abweichungsmöglichkeiten. Verzichten kann ein am Gewässer Berechtigter zum Vorteil eines anderen Benutzers nur auf die zu seinem Schutz erlassenen Bestimmungen, und auch dies wiederum nur soweit, als davon nicht Dritte berührt werden. Entsprechend verhält es sich mit der Ersitzung; auch wenn vor Inkrafttreten der derzeitigen Gesetze begonnen, wird ihr Inhalt seit den Stichdaten dennoch durch sie begrenzt; das kann soweit gehen, daß ihre Fortsetzung unmöglich wird, beispiels-

1) Oben S.164 ff.
2) Oben S.211, 219.
3) Nieberding - Frank, S.67.

weise wenn das Recht ersessen werden soll, abgeleitetes Wasser dem Fluß nicht wieder zurückgeben zu müssen[1]. In Bayern war noch eine besondere Möglichkeit gegeben, von dem Gebot der Rückleitungspflicht abzuweichen; gemäß Art. 54 II WBG konnte die Verwaltungsbehörde eine Ermächtigung hierzu erteilen, wenn durch die Ableitung des Wassers anderen Beteiligten kein Nachteil verursacht wurde. Über die Rechtsnatur dieser Ermächtigung schweigt die Literatur; ein rechtsbegründender Akt wird in ihr jedoch nicht gesehen werden können, da es sich um eine Befreiung von Beschränkungen handelt.

e) Schutz und Sicherung der am Wasser bestehenden Verhältnisse

Mit ausführlicher gewordener Regelung der Gewässerbenutzungen in den Spezialgesetzen des Untersuchungszeitraumes hat nicht nur das Gebiet der Abwehr von Verletzungen privater Rechte, sondern auch das des Schutzes und der Sicherung öffentlicher Interessen eine eingehendere Beachtung und Vervollständigung erfahren. Wenn auch nicht überall gleich umfassend, so war doch in der Regel die Möglichkeit gegeben, nicht nur - wie auch bisher[2] - das durch die materielle oder verfahrensrechtliche Ausgestaltung der Nutzungsrechte geschaffene Gleichgewicht bei Störungen wiederherstellen zu lassen, sondern es wurden in zunehmendem Maße auch Wege zur Sicherung öffentlicher oder zumindest der Interessen einer größeren Zahl von Benutzern bereitet. Dabei hatte sich das System herausgebildet, daß der Schutz der Privatrechte der einzelnen Benutzer von den Gerichten wahrgenommen wurde, während die Verwaltungsbehörden die Aufsicht über die Wahrung der Interessen der Allgemeinheit ausübten.

---

1) Zu entnehmen bei Scheele, S.52.
2) Oben S.168 ff.

aa) Die Zuständigkeiten der Verwaltung

Nicht nur mit dem verfahrensrechtlichen Nachbarschutz der wasserrechtlichen Genehmigung haben die staatlichen Behörden eine Ordnung der Beziehungen der am Gewässer Beteiligten wahrgenommen, sondern auch mit der polizeilichen Genehmigung. Sinn dieser vor die Ausübung der Benutzungen gestellten Maßnahmen war nicht zuletzt die harmonische Eingliederung des neuen Gebrauchs in das bestehende Benutzungssystem zur Verhinderung von Schaden für Benutzer und Gewässer. Nachbarrechtliche Aufgaben nehmen die Behörden auch auf dem Gebiet des "erlaubnispflichtigen Gemeingebrauchs" wahr, da auch hier das gleiche Ziel verfolgt wurde. Ebenso gilt das für Ordnungsmaßnahmen zur Verteilung des Wasserdargebots, wie z.B. in Art. 63 I WBG.

Zum Zwecke der Sicherung der so geschaffenen Verhältnisse sehen die Gesetze vor, daß die Behörden in gewissem Umfang nunmehr[1] auch Gewässeraufsichtsfunktionen wahrnehmen, die häufig den Präventivmaßnahmen entsprechen.

Trotz Unterschieden in Einzelheiten bei diesen Regelungen sind die Aufgaben der Verwaltung nur auf die öffentlichen Interessen beschränkt. Was die einzelnen Gesetze darunter verstanden haben, mag der folgende Überblick über die Aufsichtsfunktionen verdeutlichen.

Das Privatflußgesetz sieht die Tätigkeit der Verwaltung vor allem bei den in §§2 und 15 aufgeführten Fällen vor, deren Kreis recht weit gesteckt ist. Gemäß §2 kommt den Polizeibehörden die Überwachung des Gemeingebrauchs und seine Untersagung bei Gefahr von Uferbeschädigungen zu[2]. Der §15 befugt die Regierung, bei Bewässerungsanlagen die Ableitung des Wassers in einer Weise zu beschränken, die geeignet ist, die Gefährdung öffentlicher Interessen

1) Im Gegensatz zur vergangenen Regelung; vgl. oben S.168f.
2) Oben S.232.

zu verhindern; als solche werden ausdrücklich die Schiffahrt[1] und der notwendige Bedarf an Wasser für die unterhalb siedelnden Einwohner angegeben, falls bei dessen Entziehung ein wirtschaftlicher Notstand zu besorgen ist.

Ganz ähnlich sind die Regelungen des WBG: Polizeiliche Anordnungen, die in sachlicher Hinsicht nicht begrenzt sind, können für den Gemeingebrauch an Privatflüssen getroffen werden (Art. 53 II)[2]. Der Gebrauch der Privatflüsse unterliegt gemäß Art. 52 ganz allgemein der Aufsicht der Verwaltungsbehörden[3]. Dem §15 Privatflußgesetz entsprechend sieht Art. 56 die Befugnis der Verwaltung zur Beschränkung der Ableitung des Wassers für eine Benutzungsanlage (ohne die Beschränkung auf die Bewässerung) vor, die einer Ortschaft Wasser in einem Maß entzieht, das einen Notstand besorgen läßt. In Art. 60 WBG wird die Behörde ermächtigt, bei Verminderungen des Wasserstandes Anordnungen zu erlassen.

In Schleswig, wo wie in den anderen ebenfalls seit 1866 preußischen Gebieten das folgende wieder für alle Gewässer gilt, bezieht sich die hier zunächst zu erwähnende Aufsichtsfunktion in §52 der Provisorischen Verfügung vom 6.9.1863 auf die dem Art. 56 entsprechenden Fälle; in Holstein[4] und Lauenburg[5] obliegt der Polizei die Regulierung und Beaufsichtigung der Stauanlagen; in Hannover, Schleswig und Hessen-Nassau können die Verwaltungsbehörden im Interesse der Allgemeinheit an allen Stau-, Be- und Entwässerungsanlagen Anordnungen treffen[6]. Für Kurhessen sei darauf hingewiesen, daß es, wie zu damaliger

---

1) Zur möglichen Schiffbarkeit eines Privatflusses: ALR II 15 §41 und oben S.134.
2) Oben S.232.
3) Oben S.267.
4) §9 Wasserlösungsordnung für die Geest des Hgth. Holstein vom 16.7.1857.
5) §8 Wasserlösungsordnung für das Hgth. Lauenburg vom 22.5.1857.
6) §95 i.V.m. §60 Hannoversches Gesetz vom 22.8.1847; siehe oben S.251.

Zeit üblich, den Behörden obliegt, im Interesse der Landwirtschaft einen zu großen Wasserverbrauch durch Triebwerke zu verhindern[1]. Ähnlich sind die behördlichen Einflußnahmen in den ehemals nassauischen und homburgischen Gebieten. Die Mühlordnung für Hohenzollern weist - wie erwähnt - der Polizei die Zuständigkeit für den billigen Ausgleich der Wassermasse zwischen den Müllern und anderen Berechtigten zu[2].

Dieser Überblick über die wichtigsten Aufsichtsbefugnisse läßt erkennen, daß der Einfluß der Verwaltung auf die Ordnung der Nutzungen an den Privatflüssen wesentlich geringer ist als der der Gerichte. Dieses historisch verständliche, dem heutigen Stand genau entgegengesetzte Bild verdeutlicht das im Untersuchungszeitraum trotz allem noch vorherrschende privatrechtliche System der Gewässerbenutzungen.

bb) Die Zuständigkeiten der Gerichte

Waren die Verwaltungsbehörden unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses zuständig, so hatten die Gerichte bei der Geltendmachung privatrechtlicher Ansprüche zu entscheiden. Die Klage konnte sich immer nur gegen den Störer richten; zuständig waren die ordentlichen Gerichte. Die geltend gemachten Ansprüche konnten sich unmittelbar aus dem Gesetz ergeben, wie auch auf besondere Rechtstitel gestützt werden[3]. Entnommen werden konnten die Rechtsgrundlagen einer Klage den allgemeinen, aber auch den wasserrechtlichen Spezialgesetzen; es bestand also die Möglichkeit, sich auf selbständiges wie komplementäres Nachbarrecht[4] zu stützen.

Waren es im selbständigen Nachbarrecht vor allem auf das Eigentum gestützte Abwehr- und Unterlassungsansprüche,

---

1) §§10,11 Kurhessisches Gesetz v.28.10.1834 (Oben S.51).
2) §25 Mühl-Ordnung vom 8.11.1845; oben S.248.
3) Oben S.244 ff.
4) Salzwedel in Kongreßvorträge, S.134.

so gaben die Spezialgesetze bei Verletzung der in ihnen enthaltenen und zumindest auch den Schutz des Nachbarn bezweckenden Vorschriften die Möglichkeit zur Klage. Bei diesen Bestimmungen braucht es sich nicht nur um diejenigen zu handeln, die sich auf alle Arten von Nutzungen beziehen und von allen Gesetzen in ähnlicher Weise gebracht werden[1]. Von dem betreffenden Personenkreis - z. B. den Triebwerksbenutzern - können auch die zum Schutz für bestimmte Benutzungen besonders aufgestellten Regelungen in Anspruch genommen werden; in diesen Fällen ist meist ausdrücklich auf die Zuständigkeit des Gerichts verwiesen[2].

Das Klageziel war im komplementären Nachbarrecht fast stets durch die in Anspruch genommene Rechtsgrundlage bereits abgesteckt. Das war zum Beispiel der Fall, wenn ein Triebwerksbesitzer Widerspruch gegen die Wasserentziehung durch einen anderen Benutzer erhob[3].

Richtete sich die Klage, worauf auch immer gestützt, gegen die Folgen von Ordnungsmaßnahmen der Verwaltungsbehörden, die sich zu Ungunsten eines Benutzers ausgewirkt hatten - mögen sie bei ihm oder einem Dritten vorgenommen worden sein -, so konnte sie niemals auf Aufhebung oder Änderung der Anordnungen gerichtet sein. Klageziel konnte lediglich die Geltendmachung von Entschädigungsansprüchen[4] oder anderen Forderungen sein, die, ohne die Verwaltungsmaßnahmen zu berühren, verfolgbar waren[5].

f) Der Gebrauch des Grundwassers

Da nicht zu seinem sachlichen Geltungsbereich gehörend enthält das Privatflußgesetz keine das Grundwasser betreffenden Bestimmungen; es sind daher die für die Gebiete

---

1) z.B.§13 Privatflußgesetz; Art.54 I WBG; §50 Provisorische Verfügung für Schleswig.
2) z.B. §§16,18 Privatflußgesetz; Art.63 III WBG.
3) vgl. §§16,17 Privatflußgesetz.
4) vgl. Art.63 III WBG.
5) Nieberding - Frank, S.268.

von ALR und NBGB gültigen Regelungen maßgebend.

Die anderen in der preußischen Monarchie geltenden Gesetze haben diese Art des Wasservorkommens teilweise zwar immerhin angesprochen, sich ihnen aber nicht näher gewidmet. In Lauenburg und Holstein wird lediglich die Verpflichtung für jeden Bodeneigentümer aufgestellt, das von anderen Landstücken nach dem natürlichen Gefälle ihm zugeführte Grundwasser aufzunehmen und in gewissen Grenzen auch unentgeltlich weiterzuleiten[1]. Hinsichtlich der Benutzung verbleibt es bei den gemeinrechtlichen Bestimmungen, nunmehr aber wohl auch hier unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Gemeinschaft aller am Gewässer Beteiligten. Diesen Schluß erlaubt die materiell nahestehende Provisorische Verfügung für die Geestdistrikte des Herzogtums Schleswig, die in §2 ebenfalls die Aufnahmeverpflichtung für das Grundwasser aufstellt und in §4 die allgemeinen Voraussetzungen jeglicher Nutzungen formuliert, wie die Rücksicht auf die anderen Nutzungsberechtigten oder das öffentliche Interesse; diese Richtlinien gelten auch für den Gebrauch des Grundwassers. Weder in Hannover noch in den gesamten hessischen Gebieten erwähnen die im Untersuchungszeitraum gültigen Gesetze das Grundwasser; Zeichen sowohl für das geringe Ausmaß der Benutzungen als auch für die geringe Kenntnis dieses Wasservorkommens und die Verkennung seiner Bedeutung.

Auch das WBG streift das Gebiet des Grundwassers nur. Unter dem Wortlaut "auf einem Grundstück entspringendes Wasser" in Art. 33 I Ziff. 2 WBG werden nicht nur Quellen[2], sondern auch unterirdische natürliche Wasseradern verstanden[3]. Soweit solches Wasser nicht infolge von Art. 104 II WBG unter die Regelungen der Berggesetze

---

1) §1 Wasserlösungsordnung für das Hgth. Lauenburg vom 22.5.1857; §1 Wasserlösungsordnung für die Geestdistrikte des Hgth. Holstein vom 16.7.1857.
2) Oben S.214.
3) Reuß, Anm.zu Art.33 I Ziff.2,S.66.

fällt, die sich allerdings nur der Grubengewässer annehmen[1], kann es vom Eigentümer wie die schon behandelten Privatgewässer genutzt werden[2]. Da es sich bei "entspringendem" Wasser nur um fließendes handeln kann, wird der Wille des Gesetzgebers stehendes Grundwasser nicht mitumfaßt haben, sodaß im Gebrauch dieses Vorkommens der Eigentümer keinerlei Beschränkungen unterliegt.

Das Gleiche gilt auch für die oben erwähnten Gesetze der drei norddeutschen preußischen Länder.

2) Der Anliegergebrauch in Bayern und Preußen

Ein Anliegergebrauch, verstanden als gestattungsfreie Benutzung des Gewässers durch einen Nichteigentümer, dem aber das Ufergrundstück gehört, ist denkbar an öffentlichen wie privaten Wassern.

An den ersteren ist er im Untersuchungszeitraum nicht gegeben, da hier über den Gemeingebrauch hinaus jede weitere Benutzung einer vom Staat erteilten Rechtsgrundlage bedarf. Auch bei den Privatgewässern ist für die Fälle, daß sie nicht den Ufergrundstückseigentümern gehören, eine Benutzung durch diese ohne Berechtigung durch den Gewässereigentümer nicht möglich.

Zu erwähnen ist hier allerdings, daß für Bewässerungsanlagen alle Gesetze den Hinterliegern eine starke Stellung einräumen, indem sie diesen unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit geben, ihre Zu- und Ableitung über fremde Grundstücke zu führen; das ist aber nie ohne - wenn auch zwangsweise herbeigeführte - Gestattung durch den betroffenen Eigentümer möglich und beruht daher nicht auf der Hinterliegereigenschaft selbst[3]. In Bayern konnte

---

1) Art.148 Berg-Gesetz (Bayerisches Gesetzblatt 1869,S.673ff
2) Oben S.253 f.
3) §25 Ziff.1 Privatflußgesetz; Art.89 WBG; §§44-49,56 Prov.Verf.f.Schleswig v.6.9.1863; §64 Hannoversches Gesetz v.22.8.1847.

nach Zuweisung durch Beschluß der Kreisregierung unter näher aufgeführten Voraussetzungen Wasser, das von den Gewässereigentümern selbst nicht gebraucht wurde, zur Inanspruchnahme auf anderen Grundstücken zur Verfügung gestellt werden[1].

3) Die Aufrechterhaltung alter Benutzungsrechte

Gemäß §1 Privatflußgesetz sind nur die Uferbesitzer berechtigt, das Wasser nach den in diesem Gesetz enthaltenen näheren Bestimmungen zu benutzen. Diese Bestimmungen gelten nicht, wenn "jemand das ausschließliche Eigentum am Flusse hat, oder Provinzialgesetze, Lokalstatuten oder spezielle Rechtstitel eine Ausnahme begründen. Ähnlich erkennt Art. 54 I WBG den Ufereigentümern der Privatflüsse die Benutzungsberechtigung nur zu, "sofern nicht Lokalverordnungen, Herkommen, besondere Rechtstitel oder Verjährung eine Ausnahme begründen".

Das bedeutet zweierlei: zum einen, daß das von den beiden Gesetzen dem Ufereigentümer gewährte Recht gegenüber den genannten Ausnahmen bei Kollisionen das schwächere ist, und zum anderen, daß die auf diesen Ausnahmen beruhenden Tätigkeiten auch nach Inkrafttreten der neueren Gesetze weiter ausgeübt werden können. Auch für diese letzte Befugnis besteht eine Rangfolge, dergestalt, daß die durch provinziales und lokales Recht oder Herkommen begründeten Gebrauchsmöglichkeiten hinter dem ausschließlichen Eigentum und speziellen Rechtstiteln zurückstehen[2].

Die genannten Vorschriften dürfen indes nicht so verstanden werden, daß jegliche Befugnisse, die aufgrund von Provinzialgesetzen, Lokalstatuten oder Herkommen ausgeübt werden, weiter wahrgenommen werden durften. Das war nämlich nur der Fall, solange auch diese Normen während

1) Art.62 WBG.
2) Nieberding - Frank, S.249.

der Geltung von Privatflußgesetz und WBG noch in Kraft waren; das ist zu erkennen aus dem von diesen beiden Gesetzen gewählten Tempus des Präsens und wird auch von der Literatur so gesehen[1]. In jedem anderen Fall durften die sich auf derartige Normen stützenden Befugnisse, wie auch die durch anderes früheres Recht allgemein gewährten, nicht mehr ausgeübt werden. Diese Regelung steht in Bayern nicht in Widerspruch zu Art. 104 I WBG, der vom WBG abweichende Bestimmungen bestehender Gesetze aufhebt, da Lokalverordnungen und Herkommen durch Art. 103 WBG hiervon ausgenommen sind.

Als besondere Rechtstitel werden in Privatflußgesetz und WBG vor allem Verleihung, Vertrag, rechtskräftige Entscheidung und Verjährung angesehen[2]. Für den Vertrag ist im Bereich des Privatflußgesetzes zu beachten, daß er, sofern er die Ausübung des gesetzlichen Nutzungsrechts an einen nicht an den Fluß stoßenden Eigentümer übertragen soll, vor Inkrafttreten des neuen Gesetzes abgeschlossen sein muß, da nach diesem eine derartige Vereinbarung nur noch unter Ufernachbarn möglich ist[3]. Allerdings kann eine einmal begründete Befugnis vertraglich weitergegeben werden. In Preußen wie Bayern unterlagen derartige Verträge den für Grundstücksgeschäfte aufgestellten Formerfordernissen, da das Wasser als Teil der durchflossenen Grundstücke angesehen wurde[4]. Eine aus älterer Zeit stammende rechtskräftige Entscheidung vermag nur dann Grundlage für die weitere Wahrnehmung einer Benutzung zu sein, wenn sie sich auf einen von der früheren Gesetzgebung abweichenden älteren Titel, nicht aber,

---

1) Nieberding - Frank, S.252; Scheele, S.51; Reuß, Anm. zu Art.103,S.207f.
2) Nieberding - Frank, S.249; Scheele, S.51; Reuß, Anm. zu Art.54 I,S.114.
3) Nieberding - Frank, S.249; vgl.oben S.240.
4) In Preußen: Gesetz über die Eintragung von Grunddienstbarkeiten vom 5.5.1872 (oben S.208); in Bayern: Art. 14 Notariatsgesetz.

wenn sie sich auf diese selbst stützt[1]. Ähnlich verhält es sich mit der Verjährung: wer vor Inkrafttreten des Privatflußgesetzes oder des WBG Handlungen vornimmt, die zwar nach diesen Gesetzen nicht mehr ohne weiteres, wohl aber nach früheren gestattet waren, kann kein diesbezügliches Recht ersitzen, selbst wenn die Handlung für die erforderliche Zeit wahrgenommen wurde; Tätigkeit und Ausübung müssen also bereits von den früheren gesetzlichen Nutzungsrechten abgewichen sein. Das Entsprechende gilt auch bei der Weiterführung einer Ersitzung: sie muß sich materiell nach altem und nach neuem Recht als solche darstellen; formell allerdings gelten nur noch die neuen Vorschriften[2]. In Bayern, wo nach früher geltendem gemeinen Recht auch die nur eine Vermutung begründende unvordenkliche Verjährung möglich war[3], muß zur Wirksamkeit deren Frist vor Inkrafttreten des WBG abgelaufen sein.

Die Aufrechterhaltungsregeln haben im Zusammenhang mit den Zuflußverhältnissen die Wirkung, daß titulierte Rechte auf das Wasser den Anspruch auch nach der neuen Gesetzgebung ermöglichen. Steht dem Eigentümer ein besonderer Titel nicht zu Gebote, so wird er vor Wasserentziehung nur noch in dem neu statuierten Ausmaß geschützt. In diesem Zusammenhang sei als Beispiel und zum besseren Verständnis auf die oben[4] erörterten Regelungen über den Schutz von Triebwerken vor Wasserentziehung verwiesen.

Da Nutzungen, die unmittelbar auf früheren, jetzt aufgehobenen Gesetzen beruhen, nicht aufrechterhalten werden, ist ihre Ausübung nur dann weiter zulässig, wenn dies auch die neue Norm vorsieht. Das trifft für jeden auf dem Eigentum beruhenden Gebrauch zu. Weil für eine Reihe

---

1) Nieberding - Frank, S.252; Scheele, S.51.
2) Vgl. Art.37 II WBG.
3) Oben S.166.
4) Oben S.265 f.

von Nutzungen die Veränderung oder Erweiterung ihrer Anlagen nunmehr genehmigungspflichtig ist, hat das für den Umfang der weiteren Ausübung zur Folge, daß sich dieser nach dem Zustand im Augenblick des Inkrafttretens der Neuregelung bestimmt. Bei Nichtvorhandensein eines titulierten Zuflußrechts ist dadurch auch zugleich der Umfang des Schutzes vor Wasserentziehung festgelegt.

Die in den anderen Gebieten Preußens geltenden Gesetze befassen sich nicht mit älteren Benutzungsbefugnissen; es gelten hier die gemeinrechtlichen Grundsätze, wonach nur titulierte Rechte bestehen bleiben.

4) Der Eigentümer- und Anliegergebrauch in den Wassergesetzen der anderen Länder

Die in den anderen deutschen Ländern gültigen Wassergesetze haben die Benutzungsrechte der Eigentümer und Anlieger an den Gewässern, die denen in den bisher behandelten Gesetzen entsprechen, mit gleicher Zielrichtung bearbeitet. Im Ergebnis besteht daher große Ähnlichkeit, wenn auch die Systematik unterschiedlich ist. Das zeigt sich bei dem badischen Gesetz wegen des ständigen Rückgriffs auf das Landrecht, vor allem aber bei dem hessischen Bachgesetz von 1887.

a) Das badische Wassergesetz vom 25.8.1876.

Die augenfälligste Abweichung gegenüber den bisher besprochenen Gesetzen besteht bei der Gewässereinteilung[1)], die zur Folge hat, daß dem Eigentümer - ein Anliegergebrauch entspricht.

aa) Die Nutzungen im einzelnen

An den von diesem Gesetz als Privatgewässer verstandenen Quellen, Teichen und Kanälen gründet sich das Benutzungs-

1) Vgl. oben S.222 f.

recht auf dem Eigentum; es umfaßt jegliche beliebige Tätigkeit - sogar die Trockenlegung des Sees[1] - vorbehaltlich solcher Rechte Dritter, die diesen kraft besonderen Titels oder Verjährung zustehen (Satz 641 BL). Für die Kanäle sind die in den Artt. 23-30 WG aufgestellten Genehmigungserfordernisse, die für jegliches fließende Wasser gelten, zu beachten.

Bei den nicht schiffbaren fließenden Gewässern - weitgehend übereinstimmend mit der bisher als "Privatflüsse" bezeichneten Gruppe - kann, da sie niemand gehören, nur von Anliegergebrauch gesprochen werden. Auf der Stellung als Anlieger gründen sich die Benutzungsbefugnisse, deren Umfang aus Art. 7 WG i.V.m. Satz 644 BL hervorgeht. Die Rechtsnatur dieses Anspruchs ist nach einhelliger Auffassung in Literatur und Rechtsprechung[2] privatrechtlich. Dem Anlieger kommt es zu, das Gewässerbett zur Entnahme von Sand und anderen Materialien zu benutzen, aus dem Wasser Eis zu gewinnen, Brunnen zu speisen, Einleitungen vorzunehmen, sowie es zur Be- und Entwässerung und zur Triebkraft - ohne Unterschied des Zweckes - zu verwenden. Auch die erforderlichen Anlagen ist er nach Schenkel[3] aufzurichten berechtigt. Dabei erweitert Art. 8 I WG den Satz 644 BL dahingehend, daß alle diese Tätigkeiten - also nicht nur die Bewässerung - auch derjenige Anlieger, dem das Ufer nur auf einer Seite des Wasserlaufs gehört, am Flusse ausüben darf.

bb) Die Genehmigungspflicht nach Art. 23 WG

In Baden ist an bestimmten Gewässern zur Ausübung bestimmter Tätigkeiten eine vorgängige Genehmigung erforderlich. Sie ist unabhängig von derjenigen nach §16 Gew.O.

---

1) Schenkel 77,S.8.
2) Schenkel 77,S.11 und Anm.1 zu Art.7,S.49; O.Mayer, Franz. Verw. S.369; RGZ 12,340(342); weitere Nachweise: oben S.121 Fußnote3; zur heutigen Ansicht siehe oben S.171 f.
3) Schenkel 77,S.11.

und besteht wie in den früheren Zeiten zur Abwehr von Nachteilen, Gefahren und Belästigungen sowohl im öffentlichen Interesse wie auch zum Schutz der Einzelnen in ihrer stattgehabten Benutzung[1]. Sie dient also der präventiven Kontrolle durch die Verwaltung, ebenso aber auch dem Ziel der Drittwirkung, wobei dieses im Vordergrund steht. Die Genehmigung schränkt die den Anliegern durch Art. 7 WG i.V.m. Satz 644 BL gewährten Rechte im Grundsatz nicht ein; Rechtsgrundlage zur Benutzung ist dieser Artikel, nicht die Genehmigung. Dieser Rechtscharakter, der dem der Genehmigungen in den oben behandelten Normen noch nicht entspricht, ist aus dem badischen Wassergesetz nur schwer herauszulesen, da in Entsprechung zum NBGB und BL für den staatlichen Akt, der die Rechtsgrundlage für Benutzungen der schiffbaren Flüsse ist, ebenfalls der Begriff "Genehmigung" verwendet wird und diese infolge ihrer Besonderheiten[2] in der Literatur mit nahezu den gleichen Worten beschrieben wird wie die Genehmigung nach Art. 23 WG[3].

Die einzelnen Fälle der Erforderlichkeit der Genehmigung sind in Art. 23 WG aufgeführt und gelten für alle fließenden Gewässer, also auch für die privaten Kanäle: es sind die Benutzung des Wasserlaufs und die Herstellung von Anlagen an und in ihm, wenn fremde, die Wassereigenschaften ändernde Stoffe eingeleitet werden sollen, wenn ein Triebwerk errichtet oder wesentlich geändert werden soll und wenn Be- und Entwässerungsanlagen errichtet oder so wesentlich umgestaltet werden sollen, daß der Lauf des Wassers für andere Nutzungsberechtigte gehemmt, beschleunigt oder abgeleitet wird.

Auch in Baden besteht also wie in den anderen Ländern - abgesehen von Unterschieden, die auf den örtlichen hydro-

---

1) Schenkel 77, S. 18.
2) Vgl. dazu oben S. 182 f.
3) Vgl. Schenkel 77, S. 18 und 44.

logisch-wirtschaftlichen Gegebenheiten beruhen - eine Genehmigungspflicht überall da, wo das freie Fließen und die Qualität des Wassers beansprucht werden und Anlagen von hohem Investitionsgrad erforderlich sind. Auf Art. 86 WG braucht nicht eingegangen zu werden, da diese Vorschrift nur solche Bauten erfaßt, die nicht der Wasserbenutzung dienen[1].

cc) Die Drittwirkung der Genehmigung nach Art. 23 WG

Für alle in Art. 23 WG aufgeführten Fälle der Genehmigung enthalten die ihm folgenden Artikel Bestimmungen zum Verfahren[2], wobei auf die Frage, wie weit durch diese Genehmigung die Rechte anderer am Wasserlauf Beteiligter betroffen werden, der Art. 26 WG Antwort gibt.

Er schreibt vor, daß die Verwaltungsbehörde sämtliche gegen das beabsichtigte Unternehmen geltend gemachten Einwendungen zu erörtern hat und dabei bezüglich derjenigen, die von Privatbeteiligten vorgebracht werden, auf eine gütliche Einigung hinwirken soll. Danach ergeht die Genehmigung der Behörde vorbehaltlich richterlicher Entscheidung über die auf "besonderen privatrechtlichen Titeln"[3] beruhenden und vorgebrachten Einwendungen.

Wie in Bayern kann also auch in Baden derjenige, der gegenüber einer Anlage einen auf besonderem privatrechtlichen Titel, wie Vertrag, Dienstbarkeit und dergleichen, beruhenden Anspruch vorgebracht hat, noch nach Erteilung

---

1) Schenkel 77, Anm.6 zu Art.1, S.43 und Anm.2 zu Art.86, S.110f.

2) Gemäß Art.24 WG sind die hinsichtlich der Stauanlagen gegebenen Vorschriften der Gewerbeordnung (vor allem also §§17-27) für alle Genehmigungsfälle des Art.23 WG anzuwenden; im einzelnen ist das Verfahren unter Verweisen auf die Gewerbeordnung in den §§1-12 der Verordnung des Handelsministeriums vom 24.12.1876, betreffend das Verfahren beim Vollzug des Gesetzes vom 25.8.1876 über die Benützung und Instandhaltung der Gewässer (Verf.-O.) (Gesetzes- und Verordnungsblatt, S.350) geregelt; vgl. auch oben S.255.

3) Beachte die andere Formulierung in Art.76 II WBG; oben S.244.

der Genehmigung insoweit Beseitigung, Einstellung oder Anderung des Werkes verlangen, als es seinem Titel zuwiderläuft. Anders als in Bayern kann er aber dieses Begehren auch dann noch gerichtlich geltend machen, wenn er seine Einwendungen nicht bereits in dem der Genehmigung vorausgehenden Verwaltungsverfahren erhoben hat; auch die ohne ausdrücklichen Vorbehalt erteilte Genehmigung schützt also nicht vor Schadensersatz- oder Abwehrklagen.

Für denjenigen aber, der seinen Anspruch nur auf das Wassergesetz, das Eigentumsrecht oder eine sich daraus gesetzlich ergebende Befugnis stützt, ist der Bescheid der Verwaltungsbehörde maßgebend und nach Erteilung der Genehmigung ein weiteres Vorgehen ausgeschlossen.

dd) Reichweite und Beschränkungen des Anliegergebrauchs

Auch für die Darstellung des badischen Wassergesetzes soll wieder unterteilt werden zwischen den Beschränkungen, die dem Anlieger fließenden Wassers bei seinem Gebrauch ganz allgemein und gegenüber jedermann auferlegt sind und solchen, die inn gegenüber bestimmten Nutzungs- und Anlagenarten oder auch inn selbst als Ausübenden dieser Sondertätigkeiten treffen.

aaa) Die allgemeinen rechtlichen Grenzen des Anliegergebrauchs und der allgemeine Schutz vor Wasserentziehung

Diese Grenzen sind sowohl dem Satz 644 BL wie auch Vorschriften des Wassergesetzes zu entnehmen und in ihren einzelnen Ausführungen Konkretisierungen des Grundsatzes in Art. 9 I WG. Er entspricht Art. 39 II WBG[1] und besagt, daß jeglicher Gebrauch nur so erfolgen dürfe, daß die bestehenden Benutzungsrechte sowie das Eigentum Dritter am Wasserlauf nicht beeinträchtigt werden und es anderen Nutzungsberechtigten möglich ist, für ihre Grund-

1) Oben S.257.

stücke und Anlagen den ihnen bestmöglichen ("thunlichsten") Vorteil aus dem Wasser zu ziehen. Da das Gesetz davon ausgeht, daß keinem Berechtigten wegen der Art seiner Nutzung gegenüber anderen eine herausgehobene Stellung gebührt, sondern allen der gleiche Schutz zukommt[1], ist diese Vorschrift stets Richtschnur für den Umfang des Einzelinteresses innerhalb der Gesamtheit der Nutzenden und nicht nur von den einzelnen Berechtigten selbst bei ihrer Abstimmung, sondern auch von der Verwaltung (z.B. bei Festlegung der Stauhöhe) und den Gerichten zugrunde zu legen.

Ausflüsse dieses Grundsatzes sind das Verbot von Überschwemmung, Versumpfung und Rückstau, falls dieser für fremdes Grundeigentum oder Anlagen schädlich ist (Art. 9 II WG), sowie das Gebot, Anlagen stets so zu gebrauchen und zu unterhalten, daß das Wasser nicht unnötig verbraucht oder aufgestaut wird (Art. 9 III WG). Die badischen Bestimmungen entsprechen also fast wörtlich den bisher aufgezeigten Regelungen.

Etwas anders verhält es sich mit der Verpflichtung zur Rückleitung des Wassers und dementsprechend mit dem Schutz anderer vor Wasserentziehung. Nach Satz 644 BL kommen das Recht der Ableitung und die Pflicht zur Rückführung nur einem auf beiden Ufern Anliegenden zu; diese Vorschrift modifiziert Art. 8 III WG dahingehend, daß das Wasser nur dann wieder zurückgeleitet werden muß, wenn sonst die anderen Beteiligten einen Schaden hätten[2].

bbb) Der besondere Schutz vor Wasserentziehung und das Recht auf Zufluß als Inhalt des Anliegereigentums

Das Wassergesetz beruhte auf dem Gedanken, keinem Berechtigten einen vorzüglichen Anspruch vor anderen zuzugeste-

---

1) Schenkel 77,S.12
2) Allerdings können Verteilung und Benutzung des Wassers gemäß Art.30 WG unter bestimmten Voraussetzungen durch Polizeivorschriften geregelt werden.

hen und hat hieran kompromißlos festgehalten, sodaß - ganz dem gewohnten Bild zuwiderlaufend - Vorschriften, die besondere Rechte für Bewässerungsunternehmen oder Triebwerke statuieren, nicht vorhanden sind.

Ob das zu weitreichenden Unterschieden in der Praxis gegenüber den anderen Ländern geführt hat, kann zwar nicht abschließend beurteilt, muß aber dennoch bereits aus theoretischen Erwägungen heraus bezweifelt werden. Die Anwendung von Art. 9 1 WG gewährt zwar nicht ausdrücklich Schutz vor Wasserentziehung durch andere Benutzer, führt aber doch dazu, daß bestehende Einrichtungen in ihrem Bestand vor Beeinträchtigungen durch neu Hinzukommende geschützt werden; auch die Erweiterung von Anlagen war dieses Schutzes teilhaftig, sodaß allein bereits aufgrund der Natur der einzelnen Benutzungen sich eine Skala unterschiedlichen Schutzes herausbilden mußte. Wassermangel führte zu einer alle im Verhältnis gleich stark treffenden Reduzierung der Tätigkeiten. Ein Ergebnis also, das dem von den anderen Gesetzen geformten weitgehend entspricht.

Das Eigentum des Anliegers am Ufergrundstück gewährte kein Recht auf Zufluß; es kann daher entsprechend auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

ee) Ausschlußmöglichkeiten der Begrenzungen

Die Benutzung der Gewässer ist kraft Gesetzes ein dingliches, mit dem Eigentum am Landgrundstück verbundenes Recht; es war dem Privatrechtsverkehr unterworfen, die gesetzlichen Regelungen waren dispositiver Natur und konnten daher von den Berechtigten dahingehend abgeändert werden, daß sie ihre Benutzungsbefugnisse an Dritte ganz oder teilweise, zusammen mit oder gesondert vom Ufergrundstückseigentum übertrugen.

Da auch die vorwiegend in Art. 9 WG enthaltenen Beschränkungen und Verpflichtungen privatrechtlichen Charakter

hatten[1], konnten auch sie von den Beteiligten untereinander durch Vereinbarungen abgeändert werden. Eine derartige, die allgemeinen Schranken überschreitende Befugnis konnte einem anderen Berechtigten gegenüber auch ersessen werden. Ihre Grenzen fanden diese Möglichkeiten jedoch stets an den bestehenden Benutzungsrechten Dritter die dadurch nicht beeinträchtigt werden durften.

ff) Aspekte des öffentlichen Nachbarrechts

Hier sei darauf hingewiesen, daß die Behörde gemäß Art. 29 I WG eine Wassernutzung bei überwiegenden Nachteilen und Gefahren für das Gemeinwohl - Gruppeninteressen von Nachbarn zählen nicht hierzu[2] - ganz oder teilweise untersagen konnte, auch wenn sie sich innerhalb des Privatrechtstitels oder der Genehmigung hielt. Falls die Genehmigung nicht widerruflich erteilt war (Art. 27 III WG) oder es sich nicht um die Einleitung fremder Stoffe in den Wasserlauf handelte (Art. 27 II WG), gab eine derartige Untersagung einen Entschädigungsanspruch. Dies begründet Schenkel[3] damit, daß es sich dabei, wenn auch dem Anlieger das Gewässer nicht gehört, doch zumindest um eine Art Enteignung handele. Deren Verfahrensvorschriften waren aber nicht anzuwenden.

b) Die Gesetze im ehemals gemeinrechtlichen Bereich

Hier ist hauptsächlich auf das in Hessen-Darmstadt gebräuchliche Bachgesetz vom 30.7.1887 hinzuweisen. Nach seiner Systematik waren privat nur die in Art. 5 I Ziff. 1-3 n.F. (= Art. 4 Ziff. 1-3 a.F.) genannten Gewässer[4]. Dabei ist nicht nur ihr Katalog dem Art. 33 I Ziff. 1-3 WBG entnommen, sondern auch die Grundsätze ihrer Benutzung, die in Art. 6 n.F. (= Art. 5 a.F.) aufgestellt sind, entsprechen denen des bayerischen Gesetzes (Art.

1) Schenkel 77, S.13.
2) Schenkel 77, S.19.
3) Schenkel 77, S.19.
4) Oben S.224.

34, 35 WBG). Es kann daher auf das dort Gesagte verwiesen werden[1], mit dem Zusatz allerdings, daß nach Ansicht Zellers[2] mit dem vom Grundstück abfließenden Wasser - dessen natürlichen Lauf zu ändern verboten war - nur Regenwasser allein oder allenfalls in Verbindung mit Quellwasser gemeint war, während die Literatur späterer Zeit[3] die Ansicht vertrat, hierunter jegliches private Gewässer zu verstehen.

Etwas anders als in Bayern ist die Stellung des Eigentümers gegenüber den Interessen der Allgemeinheit ausgestaltet; sie wird geregelt in Art. 7 n.F. (= Art. 7 a.F.). Verwiesen werden kann dabei aber über Art. 20 n.F. (= 19 a.F.) auf die Bestimmung des Art. 29 bad. WG.

Die alte Fassung des Bachgesetzes enthielt in Art. 6 die Vorschrift, daß durch Vertrag oder Verjährung Abweichungen von den Beschränkungen des Art. 5 a.F. entstehen konnten; seit Inkrafttreten des BGB fehlt diese Vorschrift zwar, das Weiterbestehen derartiger Möglichkeiten ist jedoch anzunehmen, da sie nicht dem BGB widersprechen und das Bachgesetz einen Ausschluß - wie in einem anderen Fall - auch nicht ausdrücklich angeordnet hat.

Für das Grundwasser enthalten die Artt. 6a-d n.F. keine Einschränkungen des ausschließlichen Verfügungsrechts des Grundeigentümers, sondern nur Schadensersatzregelungen[4]. Sie sind durch Gesetz vom 15.7.1908[5] in das Bachgesetz eingefügt worden.

Die anderen Gewässer des Bachgesetzes sind öffentliche und daher nicht hier zu behandeln; es sei aber schon darauf hingewiesen, daß in Art. 14 n.F. (= Art. 13 a.F.) mit nahezu den gleichen Worten und für die gleichen Be-

---

1) Oben S.253 f.
2) Zeller, Anm.zu Art.5,S.24.
3) Krause - Eckstein, Anm.3 zu Art.6,S.7.
4) So auch Duffing, S.37f.
5) Oben S.57 Fußnote 2.

nutzungen wie in Art. 23 bad. WG eine "Genehmigung" gefordert wird, hier aber unter diesem Begriff von der neueren Literatur[1] die auch privatrechtliche Züge tragende Rechtsgrundlage der Tätigkeit verstanden wird - wie ihre Natur im einzelnen auch immer aufzufassen ist -, während älteres Schrifttum[2] sie noch als polizeiliche Konzession bezeichnet.

Des weiteren ist hier die Vorschrift des Art. 3 n.F. (=Art. 2 a.F.) anzuführen, die, obgleich sie öffentliche Gewässer betrifft, doch zur Folge hat, daß in der Praxis an diesen nicht schiff- und floßbaren Wasserläufen ein äußerlich gleicher Zustand geschaffen wurde, wie er bei den entsprechenden - aber privaten - Wassern der anderen Gesetze bestand. In dieser Bestimmung wurde zunächst auf die Achtung des gleichen Benutzungsrechts aller anderen bei der Vornahme eines Gebrauchs verwiesen und sodann jedermann jegliche den gemeinen Gebrauch nicht beeinträchtigende Benutzungsweise gestattet - sofern sie ohne Anlagen geschah. Auch das Verbot von Rückstau, Überschwemmung und Versumpfung sowie nutzlosem Verbrauch und das Gebot des Zurückleitens des Wassers - also der allgemeine Schutz vor Entziehung - entsprechen dem bisher Bekannten. Das Gleiche gilt für die dem öffentlichen Nachbarrecht zuzurechnende Ausgleichungsbefugnis bei Konkurrenz mehrerer Nutzungsberechtigter (Art. 22 n.F. = Art. 21 a.F.). Grundlegender Unterschied zu den anderen Gesetzen aber ist, daß diese Tätigkeiten nicht auf dem Eigentum als Rechtsgrundlage beruhen.

Die Wassergesetze in Oldenburg und Braunschweig weisen gegenüber dem bisher Besprochenen keine Besonderheiten auf.

---

1) Krause - Eckstein, Anm.2 zu Art.14,S.17,m.w.N.
2) Zeller, S.12.

III: Über den Gemein- und Anliegergebrauch hinausgehende Benutzungen fremder Gewässer

In Betracht kommen hier öffentliche wie private Gewässer. Bei den ersteren war der Erwerb eines Nutzungsrechts nur durch staatlichen Akt möglich - von Ersitzung und unvordenklicher Verjährung abgesehen -, bei den anderen beruhte er auf einem Institut des Privatrechts. Galten die privatrechtlich erworbenen Benutzungsrechte nur inter partes, so hatten die staatlich erteilten Wirkung gegenüber jedermann.

Von den Gesetzen des Untersuchungszeitraums haben sich nur das WBG, das bad. WG und das Bachgesetz ausführlicher mit den Nutzungen an den öffentlichen Gewässern befaßt.

Durch die vom Staat erteilten Grundlagen konnte der Begünstigte eine Stellung erhalten, die derjenigen entsprach, wie sie heute durch die Verleihung eines subjektiv öffentlichen Rechts gewährt wird; es konnte dem Berechtigten aber auch eine weniger starke Position eingeräumt werden.

1) Die der Verleihung eines subjektiv-öffentlichen Rechts entsprechenden Benutzungsgrundlagen

Ein subjektiv-öffentliches Recht auf Gewässergebrauch erhält der Begünstigte heute durch die Erteilung einer Bewilligung (§8 WHG). Sie wird für eine bestimmte Art der Benutzung - oder auch für ein Grundstück (§8 VI WHG) - erteilt, ist im Grunde unwiderruflich und schließt nach ihrer Erteilung Abwehr- und Schadensersatzansprüche Dritter gegenüber dem Begünstigten aus.

Auch die oben genannten Gesetze sahen Rechtsakte vor, die in ihrer rechtlichen Gestaltung und Wirkung mit der Bewilligung vergleichbar sind - zumindest aber ihrem Gegenstande nach deren Vorläufer waren. In Namen und Vielfalt unterscheiden sie sich jedoch noch sehr von ihr, wenn

auch die Verschiedenartigkeit des vorangegangenen Untersuchungsabschnittes inzwischen nicht mehr vorzufinden ist. Hervorstechende Abweichung in der Rechtsnatur gegenüber der Bewilligung war die Tatsache, daß die schon verschiedentlich angesprochene Drittwirkung nicht von diesen Rechtsakten, sondern von der in der Regel hinzutretenden Genehmigung ausging[1].

a) Titel und Nutzungen in Bayern und Baden

Die zwischen den einzelnen Ländergesetzen bestehenden Unterschiede liegen vor allem in der historisch begründeten gesetzestechnischen und materiellrechtlichen Ausgestaltung.

aa) Die Regelungen nach dem bayerischen WBG von 1852

Aus der Eigenschaft der öffentlichen Gewässer als Staatsgut und ihrer Bestimmung zur allgemeinen Benutzung gemäß Art. 1 I WBG folgte, daß die über den hier als Gemeingebrauch bezeichneten Kreis[2] hinausgehenden Tätigkeiten, die sämtlich ihrer Natur nach nur noch mittels Anlagen ausgeübt werden konnten, einer besonderen staatlichen Bewilligung unterworfen waren. Dieser Gestattungsakt wird vom WBG Erlaubnis genannt (Art. 10 WBG) und bildet die Rechtsgrundlage der Benutzung[3]. Das gilt auch für die Staatsprivatflüsse (Art. 40 II WBG).

aaa) Die Rechtsnatur der Erlaubnis nach Art. 10 WBG

Die Auffassung vom Charakter dieser Erlaubnis, die in der Literatur des Untersuchungszeitraumes noch weitgehend einhellig ist, zeigt noch deutlich die Wurzeln dieses Rechtsaktes im Regalienrecht und der Verleihung. Als repräsentativ für die Erlaubnis im WBG darf die Ansicht Seydels[4] angesehen werden, der dem Akt eine Doppelna-

---

1) Vgl. insbesondere oben S.244 ff. und 283 f.
2) Oben S.228 ff.
3) Gatterbauer, S.37.
4) Seydel III,§331,S.251.

tur beimißt; zum einen gewährt der Staat dem Begünstigten an den in seinem Eigentum stehenden Gewässern ein privates Nutzungsrecht, zum anderen drückt er durch die Erteilung der Erlaubnis die Vereinbarkeit der gewährten Nutzung mit dem öffentlichen Interesse der Allgemeinheit am Gewässer aus.

Die Tätigkeit des Gewässerbenutzers gründete sich nach Erlaubniserteilung also auf einem Privatrecht. Diese Ansicht entspricht dem damaligen System der Nutzungen und wird in Literatur und Rechtsprechung nahezu übereinstimmend vertreten. Das ist vor allem bei Reuß[1] und dem Verwaltungsgerichtshof[2] der Fall. Auch Pözl[3] und Oertmann[4] sind der Meinung, die Erlaubnis gewähre ein Privatrecht, das sie als den damaligen Gewerbeprivilegien ähnlich bezeichnen. Später vertritt Pözl[5] jedoch die Auffassung, die durch die Erlaubnis erteilten Rechte beruhten auf dem Wassergesetz, ohne die Eigenschaft von Privatrechten zu besitzen. Dem widerspricht Meisner[6], der zwar auch der Ansicht ist, die Benutzungsrechte gründeten sich auf das Wassergesetz, dann aber fortfährt, daß diese Rechte ihre Wurzel im Gemeingebrauch haben, der durch die Erteilung der Erlaubnis wiederauflebt; da nach Meisners Ansicht der Gemeingebrauch ein Privatrecht ist[7], gilt dies auch für die durch die Erlaubnis gewährte Benutzung.

Daß durch die Erlaubnis dem Begünstigten ein in der Regel[8] unwiderrufliches Privatrecht erteilt wird - nicht bloß eine polizeiliche Ermächtigung zur Vornahme der Benutzung -, zeigt Art. 13 WBG, der die Zurücknahme der

---

1) Reuß, Anm.zu Art.10 I,S.33.
2) VGH, Bd.8,S.218; Bd.25,S.131.
3) Pözl, 1.Aufl.,S.103.
4) Oertmann, §95 3eß,S.408.
5) Pözl, 2.Aufl.,S.72.
6) Meisner, S.198.
7) Meisner, S.184ff.; oben S.227.
8) Ausnahme: Art. 14 II WBG.

Erlaubnis oder die Einschränkung der gewährten Stellung als Enteignung auffaßt.

Erteilt wird die Erlaubnis durch die Verwaltungsbehörde und nach deren Ermessen; ein Rechtsanspruch auf die Gewährung besteht nicht[1]. Das Verfahren richtet sich, wo nicht die Artt. 73ff WBG eingreifen, nach den Vorschriften in den Artt. 92 bis 95 WBG.

bbb) Die Nutzungen im einzelnen

In Art. 10 I WBG werden alle Dämme und Anlagen, die Wasserlauf und Höhe des Wasserstandes beeinflussen können, innerhalb des Überschwemmungsbegietes eines öffentlichen Flusses von einer Erlaubnis abhängig gemacht. Hinsichtlich der Benutzungen fordert Art. 10 II WBG die gleiche Erlaubnis für die Errichtung jeglicher Triebwerke, Wasserleitungen, Abzugsgräben, Schöpfwerke, Bade- oder Waschhäuser sowie sonstigen den freien Wasserlauf störenden Anlagen im und am Flusse selbst. Die Aufzählung in Art. 10 II WBG ist nur beispielhaft[2] und will alle Benutzungen mit Anlagen erfassen. Unter dem Begriff der "Anlagen" versteht das WBG , wie die Motive zeigen[3], Einrichtungen von einigem Umfang, die auf einen Bestand von längerer Dauer angelegt sind (auch wenn sie Hilfsvorrichtungen für andere Unternehmungen sind[4]).

Ob es wegen dieser generell statuierten Erlaubnispflicht noch Benutzungen an den öffentlichen Wasserläufen gibt, die zwischen dem Gemeingebrauch und den Tätigkeiten nach Art. 10 II WBG liegen, muß bezweifelt werden. Dadurch, daß das Gesetz nicht die Tätigkeiten selbst, sondern die Einrichtungen zu ihrer Ausübung der Erlaubnispflicht unterwirft, bestimmt es mittelbar den Intensitätsgrad, der auch die Nutzung selbst aus der Anonymität des Gemeingebrauchs heraushebt. So ist beispielsweise in Art. 9 I WbG

---

1) Reuß, Anm.zu Art.10 I,S.33.
2) Reuß, Anm.zu Art.10 II,S.33f.
3) Bei Reuß, S.32.
4) Reuß, Anm.zu Art.10 I,S.33.

das Schöpfen nicht ausdrücklich auf die Ausübung mit Handgefäßen beschränkt[1], jedes über diese hinausgehende Hilfsmittel, wie Leitungen oder Schöpfräder, ist nach der Definition des Gesetzes aber bereits eine Anlage, sodaß dadurch der Gemeingebrauch doch auf diese manuelle Tätigkeit reduziert wird. Nicht erwähnt wird beispielsweise auch die Einleitung fremder Stoffe in das Wasser; da es dazu jedoch stets einer Leitung oder eines Abzugsgrabens bedarf, ist auch diese Tätigkeit nicht ohne Erlaubnis wahrnehmbar. Daß Art. 10 II WBG nur solche Anlagen anspricht, die das freie Fließen des Wassers stören, mithin auch nur Benutzungen des Wassers selbst und der ihm innewohnenden Kräfte erfaßt, schafft ebenfalls keine Lücke, da die Nutzungen des Gewässerbettes in Art. 15 WBG erschöpfend angesprochen und geregelt werden[2]. Somit sind die am gesamten öffentlichen Gewässer möglichen Tätigkeiten vom WBG lückenlos erfaßt.

Das für die Errichtung von Anlagen Gesagte gilt gemäß Art. 11 WBG auch für ihre Abänderung. Die Wiederherstellung einer - aus welchem Grunde auch immer - zerstörten Anlage ist eine neue Errichtung und wie die Erstausführung des Baues zu behandeln[3]. Dient eine Stauanlage einem Wassertriebwerk, so kommen noch die §§16ff. Gew.O. in Betracht[4]. Ob das Triebwerk mit gespannter Wasserkraft arbeiten soll oder nicht, ist für Art. 10 II WBG ohne Belang, hat aber für das Erfordernis der Genehmigung nach Artt. 73ff. WBG Bedeutung.

bb) Die Regelungen nach dem badischen Wassergesetz von 1876

Der starke Bezug des badischen Wassergesetzes von 1876 auf das vorangegangene BL wird auch bei der rechtlichen

---

1) Oben S.229.
2) Oben S.230 f.
3) Reuß, Anm.zu Art.10 II,S.34.
4) Zum Verfahren vgl. oben S.254 f.

Behandlung der Nutzungen an den schiff- und flößbaren (öffentlichen) Gewässern deutlich.

aaa) Die genehmigungspflichtigen Benutzungen nach Art. 1 II WG

Gemäß Art. 1 II WG bedarf die Benutzung der öffentlichen Gewässer mittels besonderer Anlagen oder zu Zwecken, die die Eigenschaften des Wassers durch Einleiten fremder Stoffe verändern, der Genehmigung durch die Verleihungsbehörde. Die Gestattungspflichtigkeit von Einleitungen schädlicher Stoffe korrespondiert mit Art. 23 Ziff. 1 WG[1] und soll offenbar auch solche Benutzungen erfassen, die - anders als in Art. 23 WG - ohne Anlagen ausgeübt werden. Ansonsten zeigt die allgemein gehaltene Formulierung, daß jegliche Benutzungsanlagen - nicht etwa die in Art. 23 Ziff. 2 und 3 WG genannten - der Genehmigungspflicht unterworfen sein sollten[2], also auch Schöpfwerke, Brunnen und Wasserhäuser, und entspricht damit dem schon von Mayer her bekannten Prinzip[3], daß grundsätzlich alle Benutzungen öffentlicher Gewässer staatlicher Genehmigung bedürfen. Wie schon im bayerischen WBG sind damit auch alle den Gemeingebrauch übersteigenden Tätigkeiten lückenlos erfaßt.

bbb) Die Rechtsnatur der Genehmigung

Sie darf nicht mit der unter diesem Begriff meist verstandenen wasserrechtlichen Genehmigung verwechselt werden, die das badische WG auch kennt und in Artt. 21 ff. anordnet[4]. Indem es diese Genehmigung auch für Benutzungen der öffentlichen Gewässer fordert, unterscheidet sich das bad. WG vom BL[5]; seine Nähe zu dieser Kodifikation zeigt sich aber wieder in der Rechtsnatur der als Genehmigung bezeichneten staatlichen Gestattungsakte, für die

---

1) Oben S.282.
2) So auch Schenkel 77, Anm.6 zu Art.1, S.43.
3) Oben S.182.
4) Oben S.281 ff.
5) Oben S.189.

oben genannten Benutzungen.

Der Charakter wird aus Art. 2 I WG deutlich, der die Genehmigung einer Nutzung unter den Vorbehalt stellt, im öffentlichen Interesse jederzeit entschädigungslos widerrufen oder beschränkt werden zu können[1]. Die Auffassung des badischen WG von 1876 deckt sich also mit der des BGB[2]: die öffentlichen Gewässer sind ihrer Natur nach dem Privatrechtsverkehr entzogen.

Den sich auf die Genehmigung nach Art. 1 II WG gründenden Benutzungen kommt somit kein privatrechtlicher Charakter zu. Durch die Gestattung wird vielmehr eine öffentlich-rechtliche Befugnis vergeben. Den Sondertätigkeiten des einzelnen wird durch sie ihre Vereinbarkeit mit dem augenblicklichen Allgemeininteresse bescheinigt; bei späterem Auftreten sind Beschränkung oder Widerruf dann auch entschädigungslos. Das öffentliche Interesse, also zumindest die Wünsche einer größeren Anzahl Beteiligter[3], bestimmt, ob und in welchem Umfang die Genehmigung beschränkt oder entzogen wird. Eine derartige Maßnahme richtet sich nach dem Wortlaut von Art. 2 I WG zwar nur gegen die Benutzung, muß aber dem Sinn der Vorschrift entsprechend auch für die in das Fließen des Wassers eingreifenden Anlagen gelten. Dritten gegenüber könnte sich der Begünstigte bei der Ausübung seiner Tätigkeit auf die Genehmigung berufen.

c) Die wasserrechtliche Genehmigung

Eine wasserrechtliche Genehmigung, die zur Rechtsgrundlage einer Nutzung ist an den öffentlichen Gewässern nur in Bayern und Baden für bestimmte Benutzungen erforderlich.

---

1) Das Genehmigungsverfahren richtet sich nach §§ ff. Verf.-G.; oben S. 283 Fußnote 2.
2) Oben S. [illegible].
3) Schenkel 77, S. 17.

In Bayern schreibt Art. 73 I WBG sie für die Errichtung von Staueinrichtungen[1] und Triebwerken mit gespannter Wasserkraft vor; das gleiche gilt für Abänderungen, die auf Wasserverbrauch und Höhe des Oberwassers Einfluß haben. Die Staatsprivatflüsse werden hier wie die Privatflüsse behandelt.

Für die öffentlichen Wasserläufe in Baden zählte Art. 23 WG die genehmigungspflichtigen Benutzungen auf.

Da sich gegenüber dem bisher zu diesen Genehmigungen Gesagten keine Abweichungen ergeben, darf entsprechend verwiesen werden[2].

c) Titel und Nutzungen nach den hessischen Gesetzen von 1887

Die in Hessen-Darmstadt als öffentliche aufgefaßten Gewässer gehörten teils zum sachlichen Geltungsbereich des Dammbaugesetzes vom 14.6.1887 (die schiff- oder floßbaren Wasserläufe)[3], teils zu dem des Bachgesetzes vom 30.7.1887 (die nicht schiff- oder floßbaren Flüsse, Bäche und Kanäle)[4]. Genauere Vorschriften über die Nutzungen und deren Rechtsgrundlagen an diesen Gewässern enthielt nur das Bachgesetz; das Dammbaugesetz verwies für die Regelung dieser Materie auf seine am 23.6.1891 erlassene Ausführungsverordnung[5]. Es muß daher zunächst zwischen diesen beiden Gesetzen unterschieden und sodann beim Bachgesetz berücksichtigt werden, daß durch Art. 282 des Ausführungsgesetzes vom 17.7.1899 die Eigentumsregelung geändert wurde[6]. Stets wird jedoch übereinstimmend für die besonderen Nutzungsrechte eine "Genehmigung" gefordert.

---

1) Ohne eine Begrenzung wie bei den Privatflüssen; vgl. oben S.239.
2) Für Bayern: oben S.239f.u.244ff.; f.Baden: oben S.281ff.
3) Art. 48 Dammbaugesetz; oben S.224.
4) Art. 1 I Bachgesetz (beide Fassungen); oben S.224.
5) Oben S.233.
6) Oben S.57 Fußnote 2 und S.224.

aa) Die Rechtsnatur der Genehmigung

Der Rechtscharakter dieser Genehmigung weist zwischen Dammbau- und Bachgesetz Unterschiede auf.

Bei der ersten Norm gehört sie ausschließlich in das öffentliche Recht, da der Staat hier einzig als öffentliches Aufsichts- und Hoheitsorgan tätig wird. Durch die Genehmigung wird dem Begünstigten die Rechtsgrundlage der Benutzung verliehen, ein privates Recht am Wasserlauf dabei aber wie im badischen WG nicht erzeugt.

Die vom Bachgesetz für die besonderen Tätigkeiten an den öffentlichen Wassern geforderte Genehmigung hat in der Auffassung der Literatur eine Wandlung ihres Charakters erfahren, als durch das Gesetz von 1899 die Gewässerbetten zu Eigentum der Gemarkungsinhaber erklärt wurden[1]. Als Vertreter der älteren Meinung war Zeller[2] der Ansicht, die Genehmigung in Art. 13 a.F., von ihm als polizeiliche Konzession bezeichnet, diene einzig zur Sicherung einer allseitigen wirtschaftlichen Verwendung des Gewässers im Interesse der Allgemeinheit. Dem Begünstigten wird kein Privatrecht zuteil, sondern die erstrebte Tätigkeit nur als mit den derzeit am Gewässer bestehenden Verhältnissen vereinbar gestattet. Später wurde diese Auffassung fallengelassen, eine einheitliche Meinung jedoch nicht gefunden. Während Fleiner[3] die Genehmigung des Art. 14 a.F. für ein subjektiv-öffentliches Recht hält, wird von der Mehrheit auf eine privatrechtliche Komponente hingewiesen. Hierzu zählen Höhne[4] sowie Enneccerus[5], der ein dingliches Recht am Wasserlaufgrundstück annimmt, vor allem aber die Vertreter der herrschenden Ansicht, wie Wolf[6], Krause - Eckstein[7] und für die Rechtspre-

1) Oben S.224.
2) Zeller, S.12.
3) Fleiner, S.379.
4) Höhne, S.115.
5) Enneccerus II 1, S.329 und III, S.357.
6) Wolf, S.376.
7) Krause - Eckstein, Anm.2 zu Art.14,S.17.

chung das Reichsgericht[1], die in der Erteilung der Genehmigung die Verleihung eines selbständig nicht übertragbaren Privatrechts dinglicher Art an den jeweiligen Inhaber der betreffenden Anlage erblicken.

bb) Verfahren und Drittwirkung der Genehmigung

Vorschriften zum Verfahren der Genehmigung enthält nur das Bachgesetz. Es weist mit Art. 15 n.F. (= Art. 14 a.F.) auf die Anwendung der einschlägigen Bestimmungen der Gewerbeordnung, die Ausführungsverordnung zum Bachgesetz[2], sowie die Kreis- und Provinzialordnung[3] hin. Es entspricht in dieser Hinsicht also den Vorschriften des badischen Wassergesetzes bezüglich dessen wasserrechtlicher Genehmigung nach seinem Art. 23[4]. Diese Gleichartigkeit verdient nähere Beachtung.

Auch bei den Bestimmungen über eine Drittwirkung der Genehmigung ist sie unübersehbar. Das Bachgesetz schreibt in Art. 17 n.F. (= Art. 16 a.F.) der Genehmigungsbehörde die Erörterung sämtlicher gegen das beabsichtigte Unternehmen vorgebrachten Einwendungen vor, wobei hinsichtlich der Einwendungen, die auf Privatrechten beruhen[5] bei Scheitern gütlicher Einigung die Genehmigung vorbehaltlich richterlicher Entscheidung erteilt wird. Ebenso wie in Baden ist also die Frist des Gestattungsverfahrens für alle nicht auf Privatrechte gestützten Einwendungen

---

1) RGZ 23,154.
2) Verordnung, die Ausführung des Gesetzes über die Bäche und die nicht ständig fließenden Gewässer betreffend, vom 1.11.1869; ersetzt durch die Ausführungs-VO zur Gew.O. vom 20.3.1912 (Reg.Bl.S.48).
3) Gesetz, die innere Verwaltung und die Vertretung der Kreise und Provinzen betreffend, vom 12.6.1874; ersetzt durch das gleichnamige Gesetz vom 19.7.1911; verfahrensrechtlich ergänzt durch die Ausführungs-VO zur Gewerbeordnung vom 20.3.1912 (Reg.Bl.S.48).
4) Oben S.283 Fußnote 2.
5) Beachte die Unterschiede in den Formulierungen: Art. 26 II bad WG (oben S. 283) und Art.76 II WBG (oben S.244).

[illegible] Bau eines Hauses, Errichtung, Benutzbarkeit und dergleichen berufen sie Beteiligte kaum dagegen noch später gegen die genehmigte Anlage gerichtlich vorgehen, auch wenn es seine Stimmung in der vorgesehenen Frist nicht geltend gemacht hat; ebenso ein Eigentümer, wenn das Werk auf seinem Grundstück errichtet oder ihm dadurch sein Eigentum entzogen werden soll[1].

Wie aus Kiss in Recht sprechung und Gesetzgebung und in der literatur unterschiedlich dargestellt wird die Wirkung eines solchen späteren Vorgehens. Während Zeller[2] eine Präklusivwirkung, Einstellung und sogar Beseitigung der Anlage in den Umfang zuläßt, in dem sie den besonderen Privatrecht entgegensteht, wird nach Krause - Eckstein[3] das Klagerecht grundsätzlich durch §242 BGB. eingeschränkt. Das trifft [illegible][4] nur zu, wenn auf ein durch das Sachgesetz erteiltes besonderes Benutzungsrecht [also die Genehmigung] deshalb später widersprochen wird, die Verwaltungsgerechtigkeit wurde offenbar von der unterschiedlichen Auffassung über die Rechtsnatur der Genehmigung her.

Auf die Wassergesetze gestützte Einsprüche sind - wie auch zu dem anderen Gesetz[5] - Einwendungen nicht privatrechtlicher Natur und daher im Gestattungsverfahren abschließend zu erörtern und zu entscheiden.

Es zeigt sich also, daß die Genehmigung nach dem Sachgesetz sich von den bisher besprochenen Rechtsgrundlagen dadurch unterscheidet, daß sie zugleich auch die Wirkungen enthält, die zu BGB und HGB. [illegible] erst an die ausdrückliche wasserrechtliche Genehmigung (Art. 1482, 950; Art. 1111, Abs.4) geknüpft werden; oder anders ausgedrückt: die Genehmigung nach dem Sachgesetz stellt im Gegensatz zu der von den früheren Gesetzen für bestimmte Anlagen an

---

1) Krause - Eckstein, Anm.3 zu Art.77,S.25.
2) Zeller, Anm.zu Art.1c,S.38.
3) Krause - Eckstein, Anm.3 zu Art.77,S.25.
4) Zeller, Anm.zu Art.1c,S.38.
5) Oben S.244 f. und 284.

"Privatflüssen" geforderten zugleich auch die Rechtsgrundlage für die Benutzung dar, während diese in den anderen Ländern entweder das Eigentum (Bayern, Preußen) oder die Anliegereigenschaft (Baden) ist. Damit steht das Bachgesetz dem heutigen, im WHG niedergelegten öffentlich-rechtlichen Benutzungssystem bereits näher als die anderen Gesetze des Untersuchungszeitraumes.

Für Verfahren und Drittwirkung der Genehmigung nach Art. 54 Dammbaugesetz gilt das Gleiche wie beim Bachgesetz[1]. Der Gestattungsakt ist auch hier nicht nur die Rechtsgrundlage der Tätigkeit, sondern beinhaltet zugleich die in den anderen Ländern in bestimmten Fällen noch zusätzlich geforderte wasserrechtliche Genehmigung.

cc) Andere Erwerbsgründe

Gemäß Art. 3 a.F. war der Erwerb von Benutzungsrechten, die den gemeinen Gebrauch ausschlossen oder überstiegen, außer durch staatliche Genehmigung auch durch unvordenkliche Verjährung möglich. Die Voraussetzungen für diesen Rechtserwerb waren die im ehemals gemeinrechtlichen Gebiet üblichen[2]. Spätestens bis zum 1.1.1900 mußte die zwei Menschenalter betragende Verjährungszeit (80 Jahre) allerdings abgelaufen sein, da gemäß Art. 4 n.F. nach Inkrafttreten des BGB ein Rechtserwerb auf diese Weise nicht mehr zulässig war.

dd) Die Nutzungen im einzelnen

Für die schiff- und floßbaren Wasserläufe ist in Art. 54 Dammbaugesetz lediglich generell festgelegt, daß es zum Erwerb jedes den Gemeingebrauch[3] ausschließenden oder beschränkenden Rechts einer Genehmigung bedarf. Im einzelnen ist der Kreis dieser Nutzungen in der Ausführungs-VO. vom 23.6.1891 umgrenzt. Die Genehmigung wird hier ge-

---

1) Vgl. Höhne, S.114.
2) Oben S.184 f. und 165 ff.
3) Oben S.233 f.

mäß §13 gefordert für die Benutzung des Wassers durch besondere Anlagen, wobei die Nennung von Bade- und Waschanstalten nur beispielhaft ist. Der §15 verlangt sie sodann zum einen fur das Einführen von Schutt, Steinen, Bäumen sowie sonstigem Material jeglicher Art in das Wasserlaufbett, wenn dadurch nach Ansicht der Flußbaubehörde eine Erhöhung der Sohle oder eine Verschiebung des ufers bewirkt werden kann und zum anderen für die Einleitung flüssiger Abgangsstoffe in das Gewässer. Uber die genehmigungspflichtigen Nutzungen des §14 wurde bereits gesprochen[1].

Die besonderen Nutzungen an den nicht schiff- und floßbaren natürlichen und künstlichen[2] Wasserläufen zählt Art. 14 a.F. (= Art. 13 a.F.) Bachgesetz auf. Die Aufzählung ist ebenfalls nur beispielhaft; das ergibt der Wortlaut des Art. 4 n.F. (= Art. 3 a.F.). Einer Genehmigung bedarf die Einleitung fremder, nicht auch unbedingt schädlicher[3], die Eigenschaften des Wassers ändernder Stoffe. Sie ist weiter erforderlich für jegliche Nutzung mittels Anlagen, insbesondere Stauanlagen, Triebwerke und deren Zu- und Ableitungskanäle, sowie für Be- und Entwasserungsanlagen, falls diese den Lauf des Wassers für dritte Grundeigentümer oder Nutzungsberechtigte nachteilig hemmen, beschleunigen oder ableiten. Die Übereinstimmung mit Art. 23 bad. WG[4] im Wortlaut ist augenfällig.

d) Der Inhalt des öffentlichen wasserrechtlichen Nachbarrechts

Gegenstand der vorangegangenen Darstellungen war u.a. der verfahrensrechtliche Nachbarschutz im Zusammenhang mit den einzelnen Benutzungsgrundlagen. Im Folgenden

---

1) Oben S.233 f.
2) Soweit es sich nicht um private Kanäle handelt.
3) Krause - Eckstein, Anm.7 zu Art.14,S.17.
4) Oben S.282.

sollen nun ihre materiellen Eigenschaften in den einzelnen Ländern näher beleuchtet werden. Dabei stehen sich wieder der staatliche Umgang mit den eingeräumten Benutzungen und die Ausstattung neu zuzulassender Tätigkeiten durch die Gesetze im Verhältnis zu benachbart ausgeübten gegenüber.

aa) Die Stellung des Rechtsinhabers gegenüber dem Staat in den einzelnen Ländern

Die Position des Begünstigten ist in den einzelnen Ländern verschieden, je nach dem, ob ihm für seine Nutzung ein zumindest auch privatrechtliche Elemente enthaltendes Recht verliehen oder ob ihm nur eine öffentlichrechtliche Befugnis zuteil wurde. Das erste war in Bayern der Fall, sowie in Hessen-Darmstadt ab 1899 für die öffentlichen Gewässer des Bachgesetzes; das zweite traf für Baden zu und in Hessen-Darmstadt für die Wasserläufe des Dammbaugesetzes und die des Bachgesetzes vor seiner Änderung.

aaa) Bestandsschutz, nachträgliche Beschränkungen und Entziehung der gewährten Stellung

Der Unterschied in der Natur der Rechtsgrundlage trat vor allem bei Möglichkeit und Durchführung einer Zurücknahme oder nachträglichen Beschränkung der gewährten Position zutage; dabei spielte auch die Besonderheit der Genehmigung in Hessen-Darmstadt eine Rolle. Die Gründe solchen staatlichen Einwirkens auf die Vornahme der Nutzung waren dagegen in allen Gebieten dieselben und lassen sich unter dem Schlagwort des öffentlichen Interesses zusammenfassen.

Das öffentliche Interesse konkretisierte sich in zweierlei Zielrichtungen: erstens der Förderung der Ausnutzung der im Wasser liegenden Gebrauchsmöglichkeiten zum Vorteil für die Allgemeinheit und zweitens des Schutzes von Nachbarn, Publikum und Öffentlichkeit vor Gefährdungen

und Belästigungen durch eine ausgeübte Benutzung.

Zur Verfolgung dieser Ziele konnte unmittelbar oder mittelbar auf die gewährte Position eingewirkt werden: zum einen durch Entziehung oder Beschränkung der erteilten Rechtsgrundlage selbst, zum anderen durch die Neuzulassung einer Nutzung, die auf die Tätigkeiten eines früher Begünstigten nachteilig einwirkte.

Im Grundsatz wurde überall davon ausgegangen, daß spätere mittelbare oder unmittelbare Einwirkungen auf einmal gestattete und damit in das Nutzungssystem des betreffenden Gewässers harmonisch eingefügte Tätigkeiten die Ausnahme bilden sollten, sodaß zunächst auf die Gedanken zu den früheren Gesetzen verwiesen werden kann[1].

Was die mittelbaren Einwirkungen betraf, so verwehrte keine der Normen einem Staat die weitere Zulassung von Benutzungen an demselben Wasserlauf. Das Interesse des neu hinzukommenden allein aber rechtfertigte nirgends eine Beeinträchtigung bereits bestehenden Gebrauchs. Während in Hessen-Darmstadt und Baden der Grundsatz des Schutzes rechtmäßig errichteter Anlagen und Benutzungen vor Beeinträchtigungen durch neu eingerichtete Anstalten bestand[2], war in Bayern die Behörde durch das WBG im Prinzip nicht gehindert, trotz einer erteilten Erlaubnis eine neue damit kollidierende Anlage zu gestatten. Aus "Zweckmäßigkeitsgründen" - so die Literaturmeinung[3] - ist das aber wohl stets unterblieben.

Hinsichtlich des unmittelbaren Einwirkens sah Ausnahmen vom Schutz vor späteren Eingriffen - die erste Zielrichtung betreffend - für Bayern der Art. 13 WBG vor, dessen Abs. 1 gemäß eine erteilte Erlaubnis, also das Recht zur Benutzung des öffentlichen Flusses, nur nach Maßgabe des

---

1) Oben S.191 ff.
2) Vgl.Art.16 Ziff.2 n.F.(=Art.15 Ziff.2 a.F.) Bachgesetz; Krause - Eckstein, Anm.8 zu Art.16,S.25; Art.25 Ziff.2 bad.WG.
3) Meisner, S.200. Vgl.auch unten S.310.

Zwangsabtretungsgesetzes vom 17.11.1837 zurückgenommen werden konnte. Das bedeutete vor allem, daß die Enteignung nur zugunsten der in Art. 1 dieses Gesetzes aufgeführten Unternehmen erfolgen konnte. Zusätzlich sah Art. 13 II WBG die Expropriation vor, wenn der Wassergebrauch in dem Ausmaß, wie er eingeräumt oder nach der Beschaffenheit einer genehmigten Anlage erforderlich war, durch Verringerung der Wassermenge vermindert oder durch Beschränkung der Zuflußzeit beeinträchtigt werden sollte, weil neue Anlagen, die ihrer überwiegenden Gemeinnützigkeit wegen bewilligt wurden, errichtet werden sollten; eine Zurücknahme der Erlaubnis war auch möglich bei bleibender (das war ausschlaggebend) Verminderung, Beeinträchtigung oder Entziehung des Wassergebrauchs infolge von Flußkorrektionen. Entsprechend der Rechtsnatur der Erlaubnis des Art. 10 II WBG war in allen diesen Fällen vom Staat eine Entschädigung nach den Bestimmungen des Zwangsabtretungsgesetzes zu leisten. Wurde die Erlaubnis nicht zurückgenommen, so hatte der Berechtigte gegen die Gestattung der neuen, überwiegend gemeinnützigen Anlage auf jeden Fall kein aus dem öffentlichen Recht begründetes Einspruchsrecht, auch wenn der neuen Nutzung ein erhöhter Wassergebrauch zugebilligt wurde[1].

Für Baden fehlen ausdrückliche Bestimmungen, jedoch ließ hier bereits die Natur der Rechtsgrundlage die Anderung, Beschränkung und auch Einstellung der Nutzung aus öffentlichen Interessen zu[2], wobei die letzteren von der Literatur[3] mit den Bedürfnissen der Schiff- und Floßfahrt, Maßnahmen des Wasserschutzes sowie der Flußkorrektion konkretisiert wurden. Eine Entschädigung war entsprechend der Natur der Genehmigung hier nicht vorgesehen. Angesichts der Unsicherheit, der der Benutzer, der häufig

1) BGHZ 8,217.
2) Oben S.295 f.
3) Schenkel 77, Anm.2 zu Art.2,S.44.

hohe Investitionen für die Anlagen gemacht haben wird, ausgesetzt war, ist die Regelung für ihn wenig befriedigend. Nur ausnahmsweise konnte gemäß Art. 2 II WG für den Fall des Widerrufs eine Entschädigung zugesichert werden, deren Höhe sich aber nicht nach dem Wert der Nutzung, sondern nach dem - meist niedrigeren - der Anlagen bemaß. Unbefriedigend muß die Regelung aber auch für die Verwaltung gewesen sein, da außer dem öffentlichen Interesse kein anderer Beschränkungs- oder Widerrufsgrund für die unbefristet zu erteilende Genehmigung vorgesehen war, was eine starke Zementierung einmal geschaffener Zustände bewirkte. Der Förderung der Gebrauchsmöglichkeiten diente noch die Bestimmung des Art. 30 WG, derzufolge polizeiliche Vorschriften unter bestimmten Voraussetzungen die Verteilung und Benutzung des Wassers regeln konnten.

Die hessischen Gesetze enthalten in dieser Richtung keine Bestimmungen. Sie widmeten sich vielmehr dem Schutz der Öffentlichkeit vor Gefährdungen durch eine ausgeübte Benutzung, dienten mit diesen Vorschriften indirekt aber auch dem ersten Ziel. Der Grund für diese Regelung wird in der Tatsache liegen, daß in den hessischen Gesetzen die Genehmigung nicht nur Rechtsgrundlage der Nutzungen war, sondern eben auch der präventiven Kontrolle durch die Verwaltung diente. Das badische Gesetz enthält fast wörtlich die gleichen Bestimmungen, nur galten sie hier allein der wasserrechtlichen Genehmigung nach Art. 23 WG. Im einzelnen beruhen die Vorschriften in Hessen-Darmstadt auf dem Grundgedanken, daß eine Genehmigung nur dann und insoweit zu erteilen war, als das beabsichtigte Unternehmen nicht das öffentliche Interesse gefährden oder erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen für benachbarte Grundstücke oder Anlagen herbeiführen würde[1]. Demzufolge konnte eine Nutzung, die für das Gemeinwohl überwiegende Nachteile oder Gefahren

1) Art.16 n.F.(=Art.15 a.F.)Bachgesetz; Art.25 bad.WG.

mit sich brachte, jederzeit ganz oder teilweise untersagt werden[1], auch wenn sie sich innerhalb der Genehmigung hielt. In Hessen-Darmstadt waren damit nicht nur die Rechtsgrundlage nach Art. 14 n.F. (= Art. 13 a.F.) Bachgesetz, sondern auch die der unvordenklichen Verjährung angesprochen, wie auch die polizeilichen Vorschriften des Art. 22 n.F. (= Art. 21 a.F.) Bachgesetz[2] gemeint[3]. Von Ausnahmen abgesehen[4] waren diese Entziehungen zu entschädigen. In Bayern sah in dieser Richtung nur Art. 12 WBG vor, daß Überschreitungen der in der Erlaubnis nach Art und Maß festgelegten Benutzung kostenpflichtig unterdrückt werden konnten.

In allen Ländern blieben durch diese Vorschriften die Möglichkeiten nach der Gewerbeordnung (vor allem § 51) unberührt.

bbb) Inhalt und Umfang der geschützten Stellung

Gegenüber den im vorangegangenen Abschnitt an der entsprechenden Stelle[5] gegebenen Grundsätzen ist bei den hier zu behandelnden Normen keine Änderung eingetreten. Grundsätzlich wurden Inhalt, Umfang und Zweck der Nutzung vor Aufnahme der Tätigkeit von der zuständigen Behörde genau festgelegt. Das diese Angaben enthaltende Dokument war aber nicht immer und überall die Urkunde, mit der die Rechtsgrundlage der Nutzung verliehen wurde. Bisweilen war es auch die wasserrechtliche Genehmigung, bisweilen ergänzten sich beide.

In Bayern setzte Art. 12 WBG fest, daß bei Erteilung der Erlaubnis das Maß und die Art der Benutzung, also der Tätigkeit selbst, zu bestimmen waren. Damit waren nicht nur örtliche und zeitliche Angaben gemeint, sondern auch

---

1) Art.20 n.F.(=Art.19 a.F.)Bachgesetz; Art.29 bad.WG.
2) Entspricht dem Art.30 bad.WG; oben S.306.
3) Krause - Eckstein, Anm.1 zu Art.20, S.32.
4) Art.18 II,III n.F.(=Art.17 II,III a.F.)Bachgesetz; Art.27 II,III bad.WG; siehe oben S.287.
5) Oben S.193 f.

solche über die Menge des zum Verbrauch gestatteten Wassers[1]. Die Ausgestaltung lag im Ermessen der Verwaltungsbehörde, die für bestimmte Anlagen (z.B. Stauwerke mit nicht gespannter Wasserkraft) gemäß Art. 14 II WBG die Erlaubnis auch zeitlich beschränkt oder widerruflich erteilen konnte. War für eine Nutzung eine Genehmigung nach Artt. 73ff. WBG erforderlich[2], so wurde in diesem Verfahren zusätzlich die Art der Ausführung der Anlage - nicht der Tätigkeit - festgesetzt (Art. 76 I WBG); das umfaßte nicht nur Angaben über die Technik, sondern auch über die Zweckdienlichkeit für den Nutzenden und die Allgemeinheit[3].

In Baden wurde die Festsetzung des Umfangs einer Nutzung und der im öffentlichen sowie im Interesse anderer Beteiligter erforderlichen Bedingungen nur unter dem Gesichtspunkt vorbeugender Schadensabwehr betrachtet. Das ergibt sich nicht nur daraus, daß diese Angaben gemäß Art. 27 I WG nur in der Urkunde der Genehmigung des Art. 23 WG aufzunehmen waren, sondern auch daraus, daß dies lediglich "soweit immer thunlich" zu geschehen hatte. In der Regel wurden die bei der Beantragung einzureichenden Pläne zum Bestandteil der Urkunde gemacht[4]. Für genehmigungspflichtige Stauvorrichtungen waren zur Bezeichnung der zulässigen Wasserspannung in Art. 28 WG Eichpfähle vorgeschrieben.

Fast gleichlautende Bestimmungen enthielt das Bachgesetz in den Artt. 18, 19 n.F. (= Artt. 17, 18 a.F.). Wie in Baden war auch in Hessen-Darmstadt für bereits bestehende Stauanlagen die nachträgliche Anbringung eines Eichpfahles in das Ermessen des Bezirks-, bzw. Kreisamtes gestellt, wobei als Richtlinie das öffentliche Interesse diente[5].

---

1) Reuß, Anm.zu Art.12,S.38.
2) Oben S.297.
3) Reuß, Anm.zu Art.76 I,S.157.

ccc) Das Recht auf Zufluß als Inhalt der gewährten Stellung

Ob und in welcher Art dem Benutzer ein Anspruch auf Zufluß von Wasser bestimmter Menge oder Güte zukommt, ist in erster Linie vom Charakter der erteilten Rechtsgrundlage abhängig.

α) Bayern

In Bayern erhielt der Begünstigte durch die Erlaubnis ein Recht auf Wassergebrauch nach dem Inhalt der Urkunde. Da nur nach den Bestimmungen des Zwangsabtretungsgesetzes vom 17.11.1837 zurücknehmbar, gewährte die Erlaubnis ihrem Inhaber ein Privatrecht - ein ius quaesitum -, das seine rechtliche Lage dauerhaft machen und sicherstellen sollte. Hierin aber liegt kein Rechtsgrund, aus dem heraus der Staat dem Begünstigten bei naturbedingten Veränderungen in Wassermenge oder -qualität ersatzpflichtig wäre. Das war bereits bei den älteren Gesetzen kein Diskussionsgegenstand[1] und wird daher auch von der Literatur zum WBG nicht angeschnitten. Die gesicherte Stellung des Erlaubnisinhabers richtete sich vielmehr gegen Beeinflussungen durch künstliche Maßnahmen seitens des Staates, vor allem im Zusammenhang mit späteren Neuzulassungen von Benutzungen[2].

Für direkte Eingriffe in diese gesicherte Position durch Zurücknahme der Erlaubnis wurde die Grenze erschöpfend bestimmt in Art. 13 WBG[3], dem der Gedanke der öffentlichen Zweckbestimmung des Wasserlaufs zugrunde lag. Eine Zurücknahme über die in dieser Vorschrift aufgeführten Fälle hinaus war nicht möglich[4]. Daher hatte der Begün-

---

4) Vgl. §§2ff. Verf.O.
5) Krause - Eckstein, Anm.10 zu Art.19,S.31; §1 III VO des Handelsministeriums vom 24.12.1876, betreffend die Bezeichnung d.Stauhöhe (Gesetzes-u.Verordnungsblatt,S.394).
1) Vgl. oben S.195.
2) Reuß, Anm.zu Art.13 1 WBG,S.40.
3) Oben S.304 f.
4) Meisner, S.199.

stigte eine nicht von dieser Bestimmung erfaßte Zurücknahme seines Benutzungsrechts für eine aus Gründen des Gemeinwohls erfolgende Neuzulassung nicht zu besorgen; gemäß argumentum e contrario aus Art. 13 WBG galt das erst recht, wenn das neu zuzulassende Unternehmen keinen öffentlichen Nutzen brachte.

Hieraus kann aber nicht der Schluß gezogen werden, daß die durch die Erlaubnis nach Art. 10 II WBG geschaffene Lage dem Begünstigten einen Rechtsgrund gewährte, vom Staat unbeschadet der Fälle des Art. 13 WBG eine Sicherung vor Veränderungen im Wasserzufluß verlangen zu können. Der Art. 13 WBG behandelt nämlich nur die ausdrückliche Zurücknahme der Erlaubnis. Eine "Zurücknahme" kann aber auch in der Neuzulassung weiterer Anlagen am Wasserlauf liegen, wenn diese die ältere Einrichtung beeinträchtigen[1]. Da keine Vorschrift des WBG die Behörden an einer solchen Neugestattung hinderte[2], war es ihnen durchaus möglich, eine mit der erlaubten älteren Anlage kollidierende neue Einrichtung zu bewilligen. Wenn auch diese Möglichkeit aus Zweckmäßigkeitsgründen wohl nur von theoretischer Bedeutung gewesen sein dürfte, so folgt aus ihr doch, daß bei der Neuverteilung von Benutzungsrechten der Begünstigte vom Staat nicht verlangen konnte, daß die Art seines Zuflusses nicht beeinträchtigt würde.

Ein Recht auf Zufluß von Wasser wurde durch die Erlaubnis nach Art. 10 II WBG somit nicht begründet, wenn auch dem Berechtigten in der Praxis eine große Sicherheit bei dem für seine Anlage notwendigen Wassergebrauch zukam.

Deutlich wird an dieser, gegenüber den Gesetzen des vorangegangenen Untersuchungszeitraumes "moderneren" Regelung sichtbar, daß Fülle und Intensität der Wassernutzungen zugenommen haben und daß es als Mittel einer möglichst

---

1) Reuß, Anm.zu Art.13 1,S.40.
2) Meisner, S.200

umfassenden Ausnutzung des Wasserschatzes und der Verhinderung einer Lähmung der wirtschaftlichen Entwicklung angesehen wurde, dem Berechtigten keinen Anspruch auf Zufluß - und damit auch keinen Entschädigungsanspruch im Falle eines ihn beeinträchtigenden neu Hinzukommenden - zu geben.

ß) Baden und Hessen-Darmstadt

Anders die Rechtslage in Baden und Hessen-Darmstadt. Hier war der Begünstigte zunächst einmal ebenfalls davor geschutzt, daß ihm der Zufluß aus öffentlichen Interessen über die genannten Maßstäbe[1] hinaus gemindert oder entzogen wurde. Sodann aber war er durch konkrete gesetzliche Bestimmungen in gewissem Umfang auch bei der Neuzulassung von Benutzungen abgesichert. Die Artt. 16 Ziff. 2 n.F. (= Art. 15 Ziff. 2 a.F.) Bachgesetz und 25 Ziff. 2 bad WG schrieben den Behörden die Versagung oder Beschränkung einer Genehmigung vor, wenn und soweit das beabsichtigte Unternehmen erhebliche Nachteile, Gefahren oder Belästigungen für die benachbarten Grundstücke oder den Betrieb vorschriftsmäßig errichteter Anlagen herbeiführen würde; das bezog sich auch auf den Zufluß von Wasser. Vor einer Erstarrung in den einmal geschaffenen Zuständen bewahrte das Regulativ der Erheblichkeit des Nachteils. Gesichert wurde eine Anlage im Umfang ihrer Vorschriftsmäßigkeit. Bei älteren Anlagen sieht die Literatur[2] diese übereinstimmend so lange als gegeben an, als nicht dem Unternehmer eine Überschreitung des gestatteten Umfangs oder die Erschleichung einer günstigen Entscheidung nachgewiesen wurde. Denn die Aufhebung eines älteren Gesetzes, nach dem der Umfang einer Nutzung einmal bestimmt worden war, änderte nichts an dem ihr verliehenen Charakter vorschriftsmäßiger Errichtung. Das besagt auch

---

1) Oben S.304, 305 ff.
2) Zeller, Anm.zu Art.15,S.34; Schenkel 77,Anm.3 zu Art. 25,S.62.

§25 Reichsgewerbeordnung.

Da sich der Begünstigte hinsichtlich des Umfangs seiner Tätigkeit auf die Genehmigung berufen konnte[1], war ihm durch sie auch ein Rechtsgrund für Besitzschutz- und Schadensersatzklagen gegen beeinträchtigende Dritte verliehen. Ob durch die öffentlichrechtliche Zulassung der Benutzung ein privatrechtliches Recht begründet werden kann oder nicht, bedarf hier daher keiner Erörterung.

bb) Reichweite und Beschränkungen der zu gewährenden Stellung im Verhältnis zu Dritten

Auf die grundsätzliche Problematik, der sich jeder Gesetzgeber bei der Ausstattung neu zuzulassender Benutzungen im Verhältnis zu benachbart wahrgenommenen gegenübersah, ist bereits im vorangegangenen Abschnitt hingewiesen worden[2]. Alle im Verlaufe der Zeiten gewählten Lösungsmöglichkeiten gleichen sich im Prinzipiellen, unterscheiden sich aber in den Einzelheiten. Ausschlaggebend war für das Verhältnis der bereits am Gewässer bestehenden Benutzungen gegenüber neuen, durch staatliche Gestattung zuzulassenden Tätigkeiten, ob diese einer zusätzlichen Genehmigung bedurften oder nicht.

aaa) Das Verhältnis der nicht zusätzlicher Genehmigung bedürfenden Sonderberechtigten zum Gemeingebrauch

Mit dem Gemeingebrauch tritt den neu zuzulassenden Benutzungen eine nicht durch besondere Rechtsgrundlage gestärkte Position gegenüber. Das bestimmt ihr Schicksal im Verhältnis zu den aus dieser Anonymität herausgehobenen Stellungen.

So mußte sich in Bayern der Inhaber einer nach Art. 10 II WBG erlaubten Anlage zuvor den Gemeingebrauch an dem von ihm für seine Art der Nutzung benötigten Gewässerstück gefallen lassen; er konnte diesen auch dann nicht

---

1) Oben S.296.
2) Oben S.196.

ausschließen, wenn er zur Zeit der Erlaubniserteilung nicht oder nicht in diesem Umfang wahrgenommen wurde; in dem Augenblick aber, in dem das allgemeine Benutzungsrecht das besondere störte, trat es hinter jenem zurück. Begründet wird das damit, daß durch die Erteilung der Erlaubnis nach Art. 10 II WBG der Staat im Umfang der eingeräumten Rechtsgrundlage das Recht zum Gemeingebrauch aufgehoben hatte[1]. (Mit dieser Begründung muß auch die "Erlaubnis" nach Art. 15 I WBG[2] den Gemeingebrauch in dem Ausmaß, in dem er diesen gestatteten Tätigkeiten im Wege ist, verdrängen).

Im Ergebnis ebenso verhält es sich in Baden und Hessen-Darmstadt. So heißt es in Art. 54 Dammbaugesetz und Art. 4 n.F. (= Art. 3 a.F.) Bachgesetz ausdrücklich, daß die durch Genehmigung, bzw. anderen Titel[3] erworbenen Benutzungsrechte den Gemeingebrauch beschränken oder ausschließen. Für die schiff- und floßbaren Wasserläufe gilt das gemäß der Systematik sowie der Auffassung von der Rechtsnatur auch für die Genehmigung nach § 14 Ausf.VO zum Dammbaugesetz[4] (für die Entnahme von Steinen usw.); an den dem Bachgesetz unterliegenden Wasserläufen hingegen kam den gleichen Tätigkeiten diese Möglichkeit infolge der Regelung in Art. 3 VI n.F. (= Art. 2 VI a.F.)[5] nicht zu. Für Baden ergibt sich die Verdrängung des Gemeingebrauchs bereits aus der Auffassung, daß alle Tätigkeiten an den öffentlichen Gewässern grundsätzlich genehmigungspflichtig sind[6]; hinter einer Nutzung in dieser Rechtsform tritt der Gemeingebrauch daher stets zurück.

bbb) Das Verhältnis der nicht zusätzlicher Genehmigung bedürfenden Sonderberechtigten zu anderen Begünstigten

Die neu zuzulassenden Benutzungen mußten nicht nur dem Ge-

---

1) Meisner, S.189.
2) Oben S.230 f.
3) Oben S.301.
4) Vgl. oben S.234.
5) Vgl. oben S.234.
6) Oben S.295.

meingebrauch gegenüber in das Auslastungsgefüge des Gewässers eingebaut werden, sondern treffen auch auf Tätigkeiten, die aufgrund stärkerer Rechte ausgeübt werden. Diese gewichtigeren Positionen beruhen entweder auf den den subjektiv-öffentlichen Rechten gleichzuachtenden Erlaubnissen, bzw. Genehmigungen der vorstehenden Absätze oder auf Titeln, die eine weniger starke Stellung einräumen.

Was die letzten, im Verhältnis zur Neuzulassung eine schwächere Position gebenden Titel anbelangt, so kommen dafür nur die unter dem Oberbegriff des "erlaubnispflichtigen Gemeingebrauchs" dargestellten Benutzungsgrundlagen in Betracht. Wie immer auch ihre Rechtsnatur definiert wird, unterscheiden sie sich von den Verleihungen dieses Absatzes dadurch, daß sie keinen Bestandsschutz genießen. Dementsprechend wird die Ausübung der auf ihnen beruhenden Tätigkeiten in dem Umfang beschränkt, in dem eine Kollision mit einer neu zuzulassenden, auf Erlaubnis, bzw. Genehmigung gestützten Benutzung unvermeidlich wäre.

Hinsichtlich der anderen am Gewässer bestehenden Rechtsgrundlagen treten der neu zu gestattenden Nutzung gleich starke Positionen gegenüber. Grundsätzlich wurde daher das neu zu verleihende Recht in seinem Inhalt an den bestehenden Titeln orientiert und so gestaltet, daß es sich reibungsfrei in das bestehende Gefüge einpaßt. Dieses Vorgehen entspringt dem Gedanken der Gemeinverträglichkeit; es hat in den hier behandelten Ländern unterschiedliche Grundlagen.

In Hessen-Darmstadt und Baden wird es gesetzlich gefordert durch die Artt. 16 Ziff. 2 n.F. (= Art. 15 Ziff. 2 a.F.) Bachgesetz und 25 Ziff. 2 bad. WG, aus denen hervorgeht, daß eine nicht erhebliche Belästigung der bestehenden Anlagen von diesen in Kauf genommen werden mußte. Außerdem folgt es auch aus der Auffassung von der Rechtsnatur der Genehmigung als eines Aktes, mit dem der Staat seine Auf-

sichts- und Ordnungsfunktionen am Gewässer im Interesse aller (wozu auch das der stärungsfreien Nutzung gehört, wahrnimmt[1]. Damit entspricht die Rechtslage der im vorangegangenen Abschnitt dargestellten[2].

In Bayern beruhte das Vorgehen auf Zweckmäßigkeitserwägungen. Zwar war der Verwaltung die Neuzulassung einer kollidierenden Nutzung gesetzlich nicht verwehrt, in einem solchen Fall hatte aber der Inhaber der früher bewilligten Anlage nach übereinstimmender Meinung in Literatur und Rechtsprechung[3] ein vor den Zivilgerichten verfolgbares Widerspruchsrecht gegen die Neuzulassung. Dabei war für Art und Ausdehnung seiner Nutzungen, die sich nach der bewilligten Einrichtung bestimmten, der Umfang ausschlaggebend, der zur Auslastung in der gestatteten Weise erforderlich war, auch wenn der Inhaber von seinem Recht bisher nocht nicht den vollen Gebrauch gemacht hatte. Die Beeinträchtigung einer Nutzung durch die Tätigkeit eines anderen berechtigte den ersten aber nicht, vom anderen die Einstellung der Ausübung zu verlangen. Vielmehr mußte sich nach Ansicht von Literatur und Rechtsprechung[4] jeder ein gewisses Maß von Belästigungen und Beschränkungen gefallen lassen, das unter Abwägung aller Umstände nach freiem richterlichen Ermessen zu bestimmen war. Die Einfügung der neuen Nutzung in das System erfolgte dann durch die gerichtliche Entscheidung.

Des besseren Überblicks halber sei darauf hingewiesen, daß das in dieser Form nur gilt, wenn die neue Benutzung nicht zusätzlich einer Genehmigung nach Artt. 73 ff. WBG bedurfte. In jenen Fällen war der Weg zum Gericht nur bei Inanspruchnahme eines Titels aus einem Privatrechtsverhältnis[5] möglich, und auch das nur dann, wenn zuvor den zeitlichen Erfordernissen des Art. 74 WBG entsprechend vor

---

1) Vgl. oben S.295 f., 298.
2) Oben S.198 f.
3) Meisner, S.200; Pözl, S.70; BayVGH 8,217.
4) Meisner, S.188; RGZ 29,144.
5) Vgl. oben S.244 f.

der Behörde die betreffende Einwendung erhoben worden war.

ccc) Die Inanspruchnahme des Zuflusses gegenüber anderen Gewässerbenutzern - das Verhältnis bei zusätzlicher Genehmigung

Bei der Inanspruchnahme des Zuflusses muß bedacht werden, daß je nach der Lage am Wasserlauf nicht nur die neu zuzulassenden Benutzungen gegenüber den bereits ausgeübten das zufließende Wasser ge- und verbrauchen können, sondern daß das in gleichem Maße auch für die älteren Benutzer gegenüber den neuen gilt, da bei gleicher Rechtsgrundlage ihre Nutzung nicht durch eine Neuzulassung gemindert oder ausgeschlossen werden kann. Eine Abstufung mag nur die verschiedene Stärke der Rechtsgrundlagen herbeiführen, die dem neu Zuzulassenden als Gemeingebrauch oder Sonderrecht gegenübertreten; denn die vor allem im vorangegangenen Untersuchungszeitraum angetroffene Meinung, ein allgemeines Vorzugsrecht der Sonderberechtigten auf das Wasser gegenüber den Gemeingebrauch Wahrnehmenden gebe es nicht - es müsse denn ausdrücklich verliehen werden -[1], läßt sich nicht mehr finden. Bei gleich starkem Gebrauchsrecht aber würde allein der Zufall der natürlichen Lage als Ober- oder Unterlieger über den Umfang des Zuflusses entscheiden und den Benachteiligten nur auf Schadensersatz- oder Entschädigungsansprüche beschränken. Besondere Abgrenzungshinweise, wie weit und wie lange ein Berechtigter aufgrund des Titels, kraft dessen er seine Nutzung wahrnimmt, das zufließende Wasser gegenüber benachbart am Gewässer Beteiligten in Anspruch nehmen kann, enthalten die hier untersuchten Gesetze nicht. Ein Recht auf Wasserzufluß wird dem Begünstigten durch die Gestattung zwar nicht - wie in Bayern[2] - oder nur begrenzt - wie in Baden und Hessen-Darmstadt[3] -

1) Vgl. oben S.200 ff.
2) Oben S.309 f.
3) Oben S.311 f.

mitgegeben; die Erlaubnis, bzw. Genehmigung gewährte aber immerhin das Recht auf Wassergebrauch nach dem Inhalt der Urkunde.

Damit bleibt das Problem, ob und inwieweit eine reibungsfreie Einfügung neuen Gebrauchs in das Benutzungssystem erreicht werden kann, d.h. ob und inwieweit die bereits am Gewässer Tätigen vor Beeinträchtigungen durch Entziehung oder Verunreinigung des Wassers geschützt werden, ihre Nutzungen also ohne Nachteil weiterbetreiben können. So läuft die Frage nach der Inanspruchnahme des Zuflusses gegenüber den Nachbarn auf die nach der Möglichkeit von Einwendungen gegenüber Neuzulassungen hinaus.

Im heutigen Wasserrecht können die älteren Benutzer gemäß §8 III, IV WHG Einwendungen gegen eine Neuzulassung erheben, wenn eine Beeinträchtigung zu erwarten ist und sie eine einwendungsfähige Rechtsstellung innehaben. Ohne darauf eingehen zu müssen, welches diese Positionen im heutigen Wasserrecht sind, kann gesagt werden, daß auch die Gesetze des Untersuchungszeitraumes ein gewisses Schutzsystem kannten.

Auch sie sahen bei der Zulassung von Benutzungen, die einer staatlichen Gestattung bedurften, ein Verfahren vor, das der Berücksichtigung der Interessen Dritter diente[1]. Dieses Verfahren war im Unterschied zur heutigen Rechtslage - bis auf Hessen-Darmstadt - nicht bei der Erteilung der Rechtsgrundlage vorgesehen, sondern bei der für bestimmte Anlagen zusätzlich erforderlichen wasserrechtlichen Genehmigung.

Aus deren Vorschriften, die unter dem Gesichtspunkt der Drittwirkung bei den einzelnen Gesetzen bereits darge-

---

1) Es werden im folgenden nicht nur die Titel behandelt, die die kraft besonderer Rechtsgrundlage das Gewässer Benutzenden gegenüber ebenso Befugten zu Einwendungen berechtigten, sondern auch die Möglichkeiten des Widerspruchs gegenüber Eigentümern oder durch Eigentümer.

stellt worden sind[1], ist auch die inhaltliche Ausgestaltung des Schutzes erkennbar.

Es ergibt sich daraus zunächst einmal, gegenüber welchen beabsichtigten Benutzungen Einwendungen erhoben werden konnten. In Bayern sind das gemäß Art. 73 I WBG Stauvorrichtungen und Triebwerke mit gespannter Wasserkraft. Alle anderen, nach Art. 10 II WBG zwar ebenfalls erlaubnis-, aber eben nicht genehmigungspflichtigen Anlagen entziehen sich dieser Möglichkeit. Gegen die Zulassung einer dem Unterlieger den benötigten Zufluß nehmenden Trinwasseranlage konnten daher keine Einwendungen geltend gemacht werden. Bei einer Kollision war der Beeinträchtigte auf den bereits genannten gerichtlichen Weg angewiesen. Das badische Wassergesetz führte die Anlagen in Art. 23 Ziff. 1-3 WG auf[2]; in Hessen-Darmstadt ergaben sie sich aus den Nutzungen, die zu ihrer Ausübung einer Genehmigung nach den dortigen Gesetzen bedurften[3].

Aus den Vorschriften ergibt sich des weiteren, welche Rechtsgrundlagen zu einer Einwendung berechtigten. Dabei wurden überall privatrechtliche Titel besonders hervorgehoben. Während die formellen Auswirkungen dieser Sonderstellung bereits erläutert wurden, soll nunmehr angeführt werden, was unter diesen Titeln im einzelnen verstanden wurde. Trotz weitgehender Übereinstimmung weisen die einzelnen Länder einige Verschiedenheiten auf, die auch schon in den Formulierungen der jeweiligen Gesetzestexte zum Ausdruck gekommen sind[4].

α) Privatrechtliche Titel

Nach allen Gesetzen berechtigten privatrechtliche Titel zu Einwendungen gegen eine neu zuzulassende Gewässerbe-

---

1) Für Bayern: S.296 f., 244 ff.
für Baden: S.296 f., 283 f.
für Hessen-Darmstadt: S.299 ff.
2) Oben S.282.
3) Oben S.301 f.
4) Oben S.244 f., 283, 299.

nutzung mit der Folge, daß über sie die Behörden im Genehmigungsverfahren bei Uneinigkeit der Beteiligten nicht abschließend entscheiden konnten. Was derartige Einwendungen privatrechtlicher Natur waren, unterlag nicht immer und überall gleicher Auffassung. Zum einen stand das materielle System des WBG in Bayern dem der anderen Länder gegenüber, zum anderen gab es in Hessen-Darmstadt einen Unterschied zwischen älteren und neuen Ansichten.

In Bayern, wo Art. 76 II WBG von Einsprüchen aufgrund von "Privatrechtsverhältnissen" redet, wird in der Literatur[1] von besonderen privatrechtlichen Titeln gesprochen, wenn vertragliche Einschränkungen des neu zuzulassenden gegenüber dem älteren Gewässerbenutzer gemeint sind. Da auch durch die Erlaubnis nach Art. 10 II WBG - anders als in Baden und Hessen - dem Begünstigten ein Privatrecht erteilt wurde[2], ist auch eine Einwendung, in der Rechte geltend gemacht werden, die durch diesen Titel verliehen worden sind, ein "Einspruch aufgrund eines Privatrechtsverhältnisses"[3]. Unbeschadet des Rechts auf die Benutzung, das die Erlaubnis verleiht und damit zu Einwendungen in diesem Umfang berechtigt - ein Recht auf Zufluß von Wasser bestimmter Menge oder Güte aber gewährte sie ihrem Inhaber gerade nicht[4], sodaß der ältere Sonderberechtigte bei einer Beeinträchtigung auf diesem Gebiet durch einen neu Zuzulassenden auf die Erlaubnis gestützt keine Einwendungen erheben konnte. Auch eine spätere Klage gegen die beeinträchtigende Benutzung war deshalb nicht möglich[5].

Was mit den - besonderen - privatrechtlichen Titeln angesprochen wurde, war im vergangenen Jahrhundert überall unbestritten und läßt sich negativ abgrenzen mit der ver-

---

1) Reuß, Anm.zu Art.76 II,S.158.
2) Oben S.292.
3) Vgl. auch oben S.245.
4) Oben S.310.
5) Oben S.315.

breitet gebrauchten[1] Formulierung, daß darunter nicht solche privatrechtlichen Einwendungen fallen, die sich nicht auf besondere, sondern nur auf allgemeine Titel des Wasserbenutzungs- oder des Eigentumsrechts und der sich aus diesen Rechtsverhältnissen kraft Gesetzes ergebenden Befugnisse stützen. Zur Einwendung berechtigen also nicht nur Dienstbarkeiten, die die Dispositionsbefugnis des neu Zuzulassenden beschränkten[2], sondern jedes wirksam durch Vertrag, Ersitzung oder letztwillige Verfügung begründete Rechtsverhältnis solchen Inhalts[3]. Die Regel war eine zwischen dem Betroffenen und dem neuen Benutzer bestehende Beziehung, begründet zwischen ihnen oder ihren Rechtsvorgängern. Ob nur diese Verhältnisse zur Einwendung berechtigten oder auch solche, die nicht zwischen diesen Beteiligten vereinbart worden waren, wird nirgends ausdrücklich erörtert. Es ist jedoch anzunehmen, da die Literatur[4] als ausschlaggebend nur das Bestehen der besprochenen Ansprüche ansieht. Das entspricht auch der heutigen Auffassung[5].

Zu Beginn dieses Jahrhunderts bezeichnen es Krause - Eckstein[6] als bestritten, was Einwendungen privatrechtlicher Natur sind. Die obige Definition wird von ihnen zwar als herrschend anerkannt, sie lassen jedoch unter bestimmten Umständen die Stützung einer Einwendung auf das Eigentumsrecht zu. Der allgemeinen Ansicht entsprechend rechnen aber auch sie Ansprüche aus dem Nachbar- (z.B. §§906, 907 BGB) und Wasserbenutzungsrecht nicht zu den besonderen privatrechtlichen Titeln.

---

1) Schenkel 77, Anm.2 zu Art.26,S.63; Zeller,Anm.zu Art. 16,S.35.
2) Reuß, Anm.zu Art.76 II,S.158.
3) Schenkel 77, Anm.2 zu Art.26,S.63; Zeller,Anm.zu Art. 16,S.35; Krause - Eckstein, Anm.2 zu Art.27,S.26.
4) Schenkel 77,Anm.2 zu Art.26,S.63; Zeller, Anm.zu Art. 16,S.35; Reuß, Anm.zu Art.76 II,S.158.
5) Gieseke - Wiedemann, Anm.4b zu §11,S.176.
6) Krause - Eckstein,Anm.2 zu Art.17,S.26 (s.oben S.300).

Die landesrechtlichen Unterschiede der Präklusionswirkung des Genehmigungsverfahrens sind bereits dargestellt[1].

ß) Einwendungen zur abschließenden Entscheidung durch die Behörde

Bei diesen Einwendungen konnte es sich nur um solche privatrechtlichen handeln, die auf allgemeine Titel gestützt wurden oder um Einwendungen aufgrund öffentlich-rechtlichen Titels. Sie mußten in allen Ländern während des Genehmigungsverfahrens erhoben werden. Bei der behördlichen Erörterung konnten auch sie nur soweit berücksichtigt werden, wie das in Anspruch genommene Recht reichte.

Als einwendungsberechtigende Titel kommen zunächst die staatlich erteilten Rechtsgrundlagen der Benutzung in Betracht. Dies bezieht sich nur noch auf Baden und Hessen-Darmstadt. Der öffentlich-rechtliche Titel der Genehmigung gewährte kein Privatrecht. Die Stellung des Genehmigungsinhabers war aber insofern günstiger als die des Erlaubnisinhabers in Bayern, als er vor Beeinträchtigungen (auch im Wasserzulauf) geschützt war, soweit diese erheblich waren[2]. Unterhalb dieser inhaltlichen Grenze war auch ihm - was den Zufluß anbelangt - die Einwendungsmöglichkeit versagt, jedoch setzte der Schutz in dieser Richtung bei seiner Nutzung früher ein als bei der des Erlaubnisinhabers in Bayern, der gegen Wasserentziehung oder Verunreinigung erst dann widersprechen konnte, wenn ihm die Wahrnehmung der bewilligten Tätigkeit gänzlich und dauerhaft unmöglich war. Ebenso wie heute[3] war nämlich auch derzeit in Bayern der Gesetzgeber der Ansicht, daß in diesem Falle eine Beeinträchtigung des Benutzungsrechts selbst vorliege. Dieser Schluß darf als argumentum e contrario aus Art. 13 III WBG gezogen werden, der im

1) Oben S. 244 f., 283 f., 299 f.
2) Oben S. 311.
3) Gieseke - Wiedemann, Randnr. 13b zu §8, S. 145; Salzwedel in Kongreßvorträge 1968, S. 138ff.; Abt in ZfW 1966, 109 (110); Gieseke in ZfW 1964, 84(87); BVerwG in MDR 1971, 163.

nur zeitweiligen Stillstand des Wassergebrauchs keine Entziehung des verliehenen Privatrechts sieht.

Die in diese Gruppe gehörenden Einwendungen können auch auf allgemeine Titel des Wasserbenutzungsrechts gestützt werden. Das bedeutet, daß einer auf dem Eigentum[1] beruhenden genehmigungspflichtigen Nutzung auch widersprochen werden kann durch Inanspruchnahme des allgemeinen oder besonderen Schutzes vor Wasserentziehung. Einwendungsberechtigt ist hinsichtlich des allgemeinen Schutzes nicht nur ein ebenfalls kraft Eigentumsrechts Nutzender, sondern auch jeder durch andere Rechtsgrundlagen zum Gebrauch Befugte[2]; letzteres wird aber wegen der nur schwer vorstellbaren tatsächlichen Konstellation eine bloß theoretische Möglichkeit gewesen sein.

Als zu Einwendungen berechtigende nicht privatrechtliche Titel kommen des weiteren auf Fischerei- oder Mühlenrechten beruhende Ansprüche in Betracht; auf sie ist hier nicht weiter einzugehen.

Die Frage, ob das Eigentum am Gewässer - gleichgültig, ob es nur das Bett oder auch das Wasser mitumfaßt - einen Rechtsgrund für Einwendungen zu geben vermochte, stellte sich nur in den ehemals gemeinrechtlichen Bereichen, also in Bayern und Teilen Hessen-Darmstadts[3]; seit dem 1.1. 1900 für alle Wasserläufe nach Art. 1 a.F. des Bachgesetzes wegen der Einfügung seines neuen Art. 2[4]. Auch Rechte aus dem allgemeinen Titel des Eigentums können nur soweit geltend gemacht werden, wie die gesetzlichen Benutzungsbefugnisse des Eigentümers reichen. Unbeschadet früherer möglicherweise aufrechterhaltener Ausübungsrechte bedeutet dies für den Fall, daß ein Eigentümer erst unter der Gesetzgebung des Untersuchungszeitraumes eine

---

1) Aber nicht nur in diesem Fall; beachte oben S.264 f.
2) Oben S.261.
3) Oben S.125 Fußnote 3.
4) Oben S.224.

Nutzung hätte aufnehmen wollen, das Folgende: da sowohl nach dem Dammbau- wie nach dem Bachgesetz jegliche den Gemeingebrauch übersteigenden Tätigkeiten staatlicher Genehmigung bedurften[1], blieb in Hessen-Darmstadt für einen Eigentümergebrauch an öffentlichen Wasserläufen kein Raum mehr. Auch in Bayern beruht die Erlaubnispflicht auf der Bestimmung der öffentlichen Flüsse zur allgemeinen Benutzung; das ist aus Art. 2 WBG ersichtlich[2]; es gilt unbeachtlich des Eigentumsrechts am Wasserlauf. Da außer dem Gemeingebrauch und den nach Artt. 10 II und 15 WBG erlaubnispflichtigen Tätigkeiten am öffentlichen Wasser keine weiteren Benutzungen erkennbar sind[3], ist auch hier der Eigentümer gegenüber anderen nicht herausgehoben. Anders dagegen an den Privatgewässern, wo das Eigentum wichtigste Nutzungsgrundlage ist. Einer Verringerung des Zuflusses konnte durch diesen Widerspruch aber nicht begegnet werden, da das Eigentum am Gewässer keinen solchen Anspruch gab[4].

Kein Titel ist das Eigentum an den Anlagen im und am Wasserlauf.

Weil es nirgends zur Benutzung eines öffentlichen Gewässers befugte, gewährte das Eigentum am Ufergrundstück einem - kraft anderer Rechtsgrundlage - das Wasser Nutzenden keinen Rechtsgrund zu Einwendungen gegen eine diesen Gebrauch treffende Neuzulassung. Ob und wieweit ein Anlieger einer neuen Tätigkeit widersprechen konnte, weil er dadurch in der Benutzung seines Landgrundstückes (beispielsweise durch Überschwemmung) beeinträchtigt wurde, liegt außerhalb des hier zu Erörternden[5].

---

1) Oben S.301 f.
2) Vgl. auch Reuß, Einleitung, S.3 und Motive zu Art.10 WBG (bei Reuß, S.32).
3) Oben S.294.
4) Vgl. oben S.259 f.
5) Zu beachten hier die Ansicht von Krause - Eckstein, Anm.2 zu Art.17,S.26 (oben S.300, 320).

Kein Titel, der einen Anspruch auf Zufluß begründet, ist das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

Der Gemeingebrauch sowie die Rechtsgrundlagen der hier als"erlaubnispflichtiger Gemeingebrauch" bezeichneten Tätigkeiten werden von keinem der Gesetze als Titel angesehen, die zu einer Einwendung berechtigen; das gilt sowohl für den Zufluß wie auch für andere Erfordernisse ihrer Ausübung. Diesen Benutzern gegenüber konnte der Sonderberechtigte daher stets einschränkungslos die für seine Tätigkeit erforderliche Wassermenge in Anspruch nehmen.

e) Der Rechtsschutz der Begünstigten

Der Rechtsschutz, der den Begünstigten bei Störung ihrer Tätigkeiten zukommt, ist für die Aufrechterhaltung der Benutzungsgrundlagen ohne Belang. Es seien daher nur ein paar Aspekte zur Vervollständigung des Bildes erwähnt.

Zur Stützung des Anspruchs diente in allen Ländern die staatlich verliehene Rechtsgrundlage der Benutzung. Auch auf die im Unterschied zur Erlaubnis eine öffentlichrechtliche Befugnis gewährende Genehmigung nach den badischen und hessischen Gesetzen konnte sich der Begünstigte zum Zwecke von Besitzschutz-, Schadensersatz- oder Unterlassungsklagen Dritten gegenüber berufen. Stützte er sich auf einen privatrechtlichen Titel, so konnte er in Baden und Hessen gegen eine Benutzung, die kollidierend eingefügt war, auch dann noch vorgehen, wenn er im Genehmigungsverfahren nicht widersprochen hatte[1]. Wurde die störende Nutzung, beispielsweise eine die Eigenschaften des Wassers auf schädliche Weise ändernde Einleitung, von dem neu Zugelassenen allerdings innerhalb des Rahmens der staatlichen Genehmigung wahrgenommen, so trat an die Stelle des Unterlassungs- ein Entschädigungsanspruch.

In dem enemals zum gemeinen Rechtsgebiet gehörenden Bayern

1) Oben S.283 f., 299 f.

wird den aufgrund des Gemeingebrauchs Nutzenden zum Schutz ihrer Position das interdictum ne quid in flumine publico fiat von Literatur und Rechtsprechung zugebilligt[1]. Meisner[2] gewährte es auch den Inhabern einer bewilligten Anlage gegenüber mißbräuchlicher Ausnutzung des Gemeingebrauchsrechts, bleibt damit aber der einzige, der ein Interdikt auch Sonderberechtigten zugesteht[3].

2) Weniger starke staatlich gewährte Benutzungsgrundlagen

Gegenüber der Bewilligung nach §8 WHG gewährt die Erlaubnis des §7 WHG eine weniger gesicherte - weil vor allem widerrufliche - Position, die sich nicht als Recht, sondern nur als Befugnis darstellt. Ohne näher auf ihre rechtliche Natur sowie ihre nachbarrechtliche "Anhebung" in §8 IV WHG neben die Bewilligung[4] und die hierin liegenden Unterschiede zu anderen hinter Erlaubnis, bzw. Genehmigung zurückbleibenden Benutzungsgrundlagen des Untersuchungszeitraumes einzugehen, kann gesagt werden, daß ihre Vorläufer die hier bereits unter dem Oberbegriff des "erlaubnispflichtigen Gemeingebrauchs" behandelten "Titel" sind. Wie immer sie auch definiert werden - nicht zuletzt, da ihr rechtlicher Standort noch Schwierigkeiten bereitete -, sie sind von den oben dargestellten Benutzungsgrundlagen durch den fehlenden Bestandsschutz getrennt, ihrer Natur - wie auch ihren Gegenständen - nach der Erlaubnis des §7 WHG ähnlich und werden bisweilen von der Literatur[5] auch als Gebrauchserlaubnis bezeichnet.

3) Nur zwischen den Beteiligten wirksame Rechtsgrundlagen

Derartige Benutzungsgrundlagen können grundsätzlich nur

---

1) Meisner, S.189; RGZ 15,183.
2) Meisner, S.200.
3) Vgl. dazu oben S.203 f.
4) Vgl. dazu oben S.196 f.
5) Höhne, S.115.

durch Vereinbarung zwischen den Beteiligten, für und gegen die sie wirken sollen, begründet werden. Möglich ist ihre Entstehung aber auch durch Ersitzung oder letztwillige Verfügung. Möglich ist weiterhin eine Wirkung derartiger Rechtsverhältnisse für Dritte[1].

Da ebenso wie im vorangegangenen auch in diesem Untersuchungszeitraum in der Mehrzahl der Länder an öffentlichen Gewässern Benutzungsrechte nur durch staatliche Gewährung begründet werden konnten, ist an ihnen die rechtsgeschäftliche Einräumung einer Nutzung nicht möglich. Die Begünstigten konnten lediglich innerhalb dieser staatlich gewährten Rechte die Modalitäten ihres Gebrauchs mit Dritten - die nicht unbedingt ebenfalls Gewässerbenutzer sein mußten - verbindlich näher ausgestalten. Es kann also auf das im vorherigen Abschnitt Gesagte verwiesen werden[2].

Einzig in Baden wird von Schenkel[3] eingeräumt, daß am öffentlichen Wasserlauf Privatberechtigungen auch begründet werden können. Er nennt hierbei die nach seinen Angaben in überwiegender Gerichtspraxis bestehende Möglichkeit, durch einen Vorgang des Privatrechts die Befugnis zur Wasserableitung zu errichten, wodurch ein dingliches Recht auf die Benutzung eines vom öffentlichen Wasserlauf gespeisten Stichkanals geschaffen wird. Eine solche Privatberechtigung kann aber nur begründet werden, soweit sie den Gemeingebrauch nicht beeinträchtigt; sie findet also ihre Schranke an der Natur des öffentlichen Gewässers.

An den privaten Wassern war dagegen auch die Begründung von Benutzungsrechten möglich, soweit die Verfügungsbefugnis des Eigentümers reichte. Für Bayern gilt gemäß Art. 102 I WBG auch hier die Gleichstellung des Eigentums

---

1) Vgl. oben S.320.
2) Oben S.205 f.
3) Schenkel 77,S.7.

mit den nutzbaren dinglichen Rechten. Unter diesen werden vor allem Erbpacht, Fideikommiß und Lehenbesitz verstanden[1]. Ob und in welchem Umfang sie bestehen, richtet sich nach dem Recht, unter dem sie geschaffen worden sind[2].

Nicht begründen, wohl aber rechtsgeschäftlich mit Dritten ausgestalten können Dienstbarkeitsberechtigte ihre Nutzungen am Privatgewässer.

4) Die Behandlung älterer Gewässerbenutzungen

Was die öffentlichen Gewässer angeht, so enthalten die hier untersuchten Gesetze keine ausdrücklichen Bestimmungen über die Behandlung von Benutzungen, die noch vor der Geltung dieser Normen begründet worden sind. Für die privaten Gewässer sind die landesrechtlichen Regelungen bereits dargestellt worden[3]; sie erhalten die auf besonderem Rechtstitel beruhenden Benutzungen in dem in diesen festgelegten Umfang aufrecht. Der einen der dort aufgeführten Titel in Anspruch Nehmende kann seinen Gebrauch eines ihm fremden privaten Gewässers daher auch unter den Gesetzen dieses Untersuchungszeitraumes weiter ausüben.

Die Grundsätze, die für die Behandlung alter Nutzungen an Privatgewässern bestehen, gelten entsprechend auch für die öffentlichen Wasser. Es kann nämlich aus dem Schweigen der Gesetze nicht abgeleitet werden, daß sie die zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens schon bestehenden, durch besonderen staatlichen Akt gewährten Benutzungsrechte beseitigen wollten; dies hätte vielmehr ausdrücklich geschehen müssen[4].

Allgemein gefaßt lauten die Grundsätze dahin, daß unmit-

1) Reuß, Anm. zu Art. 102 I, S.207.
2) Siehe oben S.181 f.
3) Oben S.277 ff.
4) So für das WBG: RS, Randnr.10 zu Art. 207, S.1184.

telbar auf Gesetz beruhende Tätigkeitsbefugnisse nicht, aufgrund besonderen Titels ausgeübte Benutzungen dagegen aber aufrechterhalten werden. Die Formulierung ist hier deshalb so allgemein gewählt, da bedacht werden muß, daß die Geltungsbereiche der untersuchten Gesetze zuvor teils zum Gebiet des gemeinen, teils zu dem rheinisch-französischen Rechts gehört hatten. Im ersten Bereich gewährte die staatliche Gestattung der Benutzung ein Privatrecht[1], im zweiten nur eine öffentlich-rechtliche Befugnis[2].

Auf gemeinrechtliche Regelungen stieß vor allem das WBG; daß es den Gedanken seiner Gesetzgeber widersprechen würde, die durch (regale) Verleihung begründeten Privatrechte als aufgehoben zu betrachten, zeigt vorallem ihre in Art. 13 WBG ausgedrückte Ansicht, daß der Eingriff in die rechtlich gesicherte Sphäre der Privaten eine Enteignung darstellt.

Rheinisch-französisches Recht galt in Baden und Teilen Hessen-Darmstadts. Auch hier konnten die genehmigten Benutzungen weiter ausgeübt werden. Das kann vor allem einigen Stellen in der Literatur entnommen werden, die ansonsten - wie die zum WBG - zu diesem Komplex schweigt. So verweisen im Zusammenhang mit der Rechtmäßigkeit älterer Benutzungsanlagen Schenkel[3] und Zeller[4] auf §25 I Reichsgewerbeordnung, der besagt, daß auch bei Einrichtungen, die bereits vor Erlaß des Gesetzes bestanden haben, die Genehmigung so lange in Kraft bleibt, wie nicht die Anlage selbst verändert wird, wobei gleichgültig ist, ob der Betriebsinhaber wechselt oder nicht. Wegen des Zusammenhangs, in dem die Zitate stehen, darf geschlossen werden, daß die Ansicht bestand, auch nach Aufhebung der Norm, aufgrund der der Titel zur Benutzung erteilt worden

---

1) Vgl. oben S.177 ff.
2) Vgl. oben S.182 f.
3) Schenkel 77,Anm.3 zu Art.25,S.62.
4) Zeller, Anm.zu Art.15,S.34.

ist, könne sie in diesem Umfang weiter ausgeübt werden.

5. Abschnitt: Gewässereinteilung, -eigentum und -benutzung in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts

A: Einführung

Zu Beginn dieses Jahrhunderts wurden in nahezu allen Ländern des Untersuchungszeitraums wasserrechtliche Spezialgesetze erlassen; sie blieben - mit Änderungen - in der Regel bis zum Erscheinen des WHG und der ausfüllenden Landesgesetze in Kraft. Die Gründe für die Neukodifizierungen sind mannigfaltig und reichen von dem Bestreben, partikularrechtliche Unübersichtlichkeit und Zersplitterung zu überwinden[1] bis zu dem Wunsche, infolge der Zunahme in der Wasserbeanspruchung die Interessen von Industrie und Landwirtschaft gleichermaßen zu befriedigen[2]. Die Gesetze sind teils Erstschöpfungen, teils beruhen sie auf vorangegangenen Wasserrechtskodifikationen aus der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts.

Umfassende Regelungen der Gewässerbenutzungen enthielten die Gesetze in Preußen, Württemberg, Baden und Bayern. Es waren diese zum einen das Preußische Wassergesetz vom 7.4.1913 (Pr.WG)[3] und das württembergische Wassergesetz vom 1.12.1900 (württ.WG)[4]. Beides sind Neuschöpfungen ohne entsprechenden Vorgänger. Während das pr.WG das gesamte Wasserrecht kodifizierte, enthielt das württ.WG nur Regelungen über die allgemeinen Rechtsverhältnisse der Gewässer und ihre Nutzung. Die beiden anderen waren das badische Wassergesetz vom 26.6.1899 (bad WG 1899)[5] und das bayerische Wassergesetz vom 23.3.1907 (bay WG)[6].

---

1) In Preußen; siehe oben S.43.
2) In Württemberg; siehe oben S.60.
3) Oben S.43.
4) Oben S.60.
5) Oben S.58 f.
6) Oben S.62.

In den vier Gesetzen werden sowohl die Grundsätze des öffentlichen wie die des Privatrechts vertreten. Das pr.WG hat Rechtsnatur und Benutzung der Gewässer grundsätzlich nach privatrechtlichen Gesichtspunkten geregelt. Das hat neben geschichtlichen Rücksichten vor allem praktische Gründe: da im bürgerlichen Recht ein bis ins einzelne durchgebildetes Rechtssystem vorlag, bot es dem Gesetzgeber zur Schaffung klarer Rechtsverhältnisse am Wasser eine größere Sicherheit als das erst im Entstehen begriffene öffentliche Recht[1]. Das wurtt.WG hingegen machte sich äußerst kompromißlos einen öffentlich-rechtlichen Standpunkt zu eigen[2], während das badische und das bayerische Gesetz Eigentum und Benutzung der Gewässer wieder auf der Grundlage des Privatrechts regelten.

Von wesentlichem Einfluß auf die nachbarlichen Beziehungen im Wasserrecht war das zum 1.1.1900 reichseinheitlich in Kraft getretene BGB.

B: Die Gewässereinteilung und die Eigentumsregelung

Während die beiden Gesetze in Baden und Bayern an die älteren Regelungen anknüpfen, diesen daher ähneln und auch untereinander viele Gemeinsamkeiten aufweisen, unterscheiden sich die Normen in Preußen und Württemberg sowohl voneinander als auch gegenüber den beiden anderen Gesetzen. Die vier Normen können daher nicht zusammen betrachtet werden.

---

1) HKS I, Vorbem.1,S.3.
2) Das führte soweit, daß vorhandene private Benutzungsrechte am öffentlichen Gewässer ausdrücklich zu öffentlichen Rechten erklärt wurden.

1: Die Regelungen im preußischen Wassergesetz von 1913

Mit Einteilung, Eigentum und auch Benutzung der Gewässer beschäftigt sich das preußische Gesetz in den beiden ersten seiner insgesamt elf Abschnitte.

1) Die Gewässereinteilung

Dabei benennt es die Gewässer nach ihrer Entstehung bzw. der Art ihres Vorkommens in der Natur, z.B. als kunstlich, oberirdisch usw. und teilt sie in zwei Gruppen ein, die - völlig neuartig - nach "Wasserläufen" und "nicht zu den Wasserläufen gehörende Gewässer" unterschieden werden. Ebenfalls vom bisher Bekannten abweichend werden die Wasserläufe nach ihrer wasserwirtschatlichen Bedeutung nochmals in drei Ordnungen unterteilt. Der Grund für dieses neuartige System mag in der Tatsache liegen, daß das pr.WG bei der Entstehung in seinem künftigen Geltungsgebiet Regelungen von ALR, gemeinem und rheinisch-französischem Recht vorfand.

a) Die Wasserläufe

Begriff und Arten sowie die Ordnung der Wasserläufe sind in §§1-6 pr.WG (1. Abschnitt, 1. Titel) geregelt.

aa) Begriff und Arten der Wasserläufe

Danach sind Wasserläufe die Gewässer, die in natürlichen oder kunstlichen Betten beständig oder zeitweilig oberirdisch abfließen, einschließlich ihrer oberirdischen Quellen und der Seen, aus denen sie abfließen, sowie ihrer etwa unterirdisch verlaufenden Strecken (§1 I).

Kennzeichen dieser natürlichen oder künstlichen Wasserläufe ist der in einem Bett (also nicht wild) erfolgende oberirdische Abfluß. Als Bett wird ein von der Umgebung äußerlich erkennbar sich abhebendes Gerinne verstanden[1].

---

1) Wilke, S.6.

Vorübergehendes Trockenliegen schadet der Wasserlaufeigenschaft ebensowenig, wie ein streckenweiser unterirdischer Verlauf, wenn das Wasser nur oberhalb davon schon einmal oberirdisch geflossen ist. Demgemäß sind Quellen nur dann oberirdisch und ein Wasserlauf, wenn das Wasser zutage getreten ist und in einem über die Grenze des Quellgrundstücks sich fortsetzenden Bett abfließt.

Gräben gelten gemäß §1 III nur insoweit als Wasserläufe, wie sie der Vorflut der Grundstücke verschiedener Eigentümer dienen. Den Begriff der Vorflut definiert das Gesetz selbst nicht; die Literatur[1] versteht darunter übereinstimmend die Möglichkeit ungehinderten Abflusses des auf der Erdoberfläche befindlichen Wassers nach dem natürlichen Gefälle. Als Gräben werden nur die in künstlichem Gerinne abfließenden unbedeutenden Gewässer aufgefaßt[2]. Auch die im Zweifel als künstliche Wasserläufe anzusehenden Triebwerks- und Bewässerungskanäle sind nur als Vorfluter Wasserläufe, es sei denn, sie wären als Umfluter zur Hochwasserableitung oder als größere Abwasser- oder Triebwerkskanäle von erheblicher Bedeutung für die Wasserwirtschaft[3].

Zu den Seen gehören nach der Definition durch das Gesetz auch Teiche, Weiher und ähnliche Wasseransammlungen. Seen, aus denen nur künstliche Wasserläufe abfließen, gelten selbst nur dann als Wasserlauf, wenn die Wasserlaufsverzeichnisse das bestimmen. Stellt ein Teich an einem Wasserlauf keine Ausbuchtung desselben dar, sondern ein künstlich geschaffenes selbständiges Becken, so handelt es sich bei ihm nicht um einen Wasserlauf[4]. Ebenso verhält es sich mit allen anderen künstlichen Wasserbecken[5].

Ein natürlicher Wasserlauf gilt als solcher auch nach

---

1) Born, Anm.zu §1 III,S.4; Wilke, S.7.
2) Begr.S.49; pr.OVG 71,350; Wilke, S.7.
3) HKS I,Anm.12) zu §1,S.50.
4) Born, Anm.zu §1 II,S.3f.
5) Vgl.§1 II pr.WG.

künstlicher Veränderung (§1 IV). Ob ein Wasserlauf natürlich oder künstlich ist, entscheidet sich nach der Entstehung des Bettes (§1 I). Zu Veränderungen im Sinne von §1 IV zählen vor allem Durchstiche[1] und Verrohrungen. Immer aber muß der Wasserlauf als solcher bestehen bleiben. So verliert beispielsweise ein Bach bei Einbeziehung in ein Kanalisationsnetz seine Wasserlaufeigenschaft.

bb) Die Ordnung der Wasserläufe

Die Unterteilung der Wasserläufe nach ihrer wasserwirtschaftlichen Bedeutung in drei Ordnungen nimmt das pr.WG in den §§2-6 vor.

Danach gehören zur 1. Ordnung die in einem dem Gesetz als Anlage beigefügten Verzeichnis getrennt nach natürlichen und künstlichen aufgeführten Strecken von Wasserläufen (§2 I Ziff. 1). Als Bestandteil des Gesetzes hat das Verzeichnis auch gesetzlichen Charakter (§3 I). Ausschlaggebend für die Aufnahme des Wasserlaufs in das Verzeichnis war seine anhand der Schiffbarkeit beurteilte Bedeutung für die Volkswirtschaft. Dabei war schiffbar im Sinne des Gesetzentwurfs[2] der Wasserlauf, der seiner Beschaffenheit nach dazu taugte, dem Personen- und Frachtverkehr in einem volkswirtschaftlich bedeutenden Umfang zu dienen. Unerheblich war also, ob auch tatsächlich Schiffahrt stattfand. Insoweit entspricht das pr.WG dem ALR[3]; indem es auch die künstlichen Wasserläufe erfaßte, ging es aber über dieses hinaus[4]. Das gleiche gilt gegenüber gemeinem und rheinisch-französischem Recht[5].

Wasserläufe 2. Ordnung waren die in einem vom Oberpräsidenten - in Hohenzollern vom Regierungspräsidenten - aufgestellten Verzeichnis eingetragenen natürlichen und künstlichen Strecken (§4 I). In Betracht kamen nur Wasser-

---

1) Der Durchstich wird Bestandteil des natürlichen Wasserlaufs.
2) Begr. S.690.
3) Oben S.102a.
4) Oben S.106 f.
5) Oben S.107.

läufe, die für die Wasserwirtschaft von größerer Bedeutung waren, ohne zu denen der 1. Ordnung zu gehören. Kriterium für die Bedeutung war, ob die Wasserstrecke allein oder im Zusammenhang mit anderen einem größeren Kreis von Beteiligten eine wirtschaftliche Ausnutzung ermöglichte[1]. Im Vergleich zur früheren Gesetzgebung gehörten von den natürlichen sowohl öffentliche[2] wie private[3] Wasserläufe zu dieser Ordnung.

Alle übrigen zu den Wasserläufen gehörenden Gewässer zählen zur 3. Ordnung.

Natürlichen Neben-, sowie Mündungsarmen natürlicher Wasserläufe kam die Ordnung zu, der der Hauptwasserlauf an der Abzweigungsstelle angehörte, sofern nicht das Verzeichnis selbst etwas anderes bestimmte (§2 II). Mit diesem System sind Zweifel über die Stellung eines Wasserlaufs ausgeschlossen, da alle nicht in einem der Verzeichnisse aufgeführten Strecken zur letzten Ordnung zu zählen waren.

b) Die nicht zu den Wasserläufen gehörenden Gewässer

Mit diesen befaßt sich das pr.WG in seinem 2. Abschnitt (§§196-205), regelt dort aber nur die Eigentums- und Nutzungsverhältnisse. Eine ausdrückliche Bestimmung der zu dieser Gruppe gehörenden Gewässer ist deshalb unnötig, da sie sich aus der vom Gesetz getroffenen Negativdefinition ergibt.

Danach sind Gewässer, die nicht zu den Wasserläufen gehören, das wild (also ohne Bett) oberirdisch abfließende Wasser (§§197 I, 198 I); hierzu gehört auch Quellwasser, das an der Grenze des Ursprungsgrundstücks noch ohne Bett ist (§ 1 I). Weiter werden hierzu Gräben (künstliches

---

1) Begr. S.688 f.
2) Im gemeinen und rheinisch-französischen Recht; oben S.103 ff.
3) Die Privatflüsse des ALR, oben S.109, 111.

Bett) und Kanäle gerechnet, die weder der Vorflut der Grundstücke verschiedener Eigentümer dienen (§1 III) noch als Entwässerungs- oder Triebwerkskanäle wasserwirtschaftlich erhebliche Bedeutung haben. Von den Seen (Teichen, Weihern usw.) gehören zunächst alle diejenigen hierher, die keinen Abfluß haben (§1 I); unerheblich ist, ob das Wasser künstlich abgelassen werden kann[1]. Auch die Seen, die über einen künstlichen Abfluß verfügen, gehören grundsätzlich zu diesen Gewässern; Ausnahmen können durch die Wasserlaufverzeichnisse begründet sein (§1 III). In jedem Fall den Gewässern, die nicht zu den Wasserläufen gehören, zuzurechnen sind künstliche Wasseransammlungen, auch wenn sie mit einem Wasserlauf künstlich in Verbindung stehen (§1 II). Schließlich gehören zu dieser Gruppe noch unterirdisches sowie Überschwemmungswasser.

2) Die Eigentumsregelung

Die Eigentumsverhältnisse an den Gewässern hat das pr.WG auf der Grundlage des Privateigentums geregelt. Für die Wasserläufe war der Gegenstand des Eigentumsrechts anfangs noch streitig. Bisweilen wurde in der Literatur[2] behauptet, die Eigentumsverhältnisse beschränkten sich nur auf das Flußbett; hinsichtlich des Wassers bestünden bevorzugte Benutzungs- und Aneignungsrechte. Die ganz überwiegende Meinung sowie die Rechtsprechung[3] standen jedoch auf dem Standpunkt, daß das Eigentum das Bett und die fließende Welle umgreife, da beide zusammen erst den Wasserlauf ergäben. Rechtlich wurde das Eigentum - mit gewissen Abwandlungen - dem des BGB an Grundstücken gleichgeachtet.

---

1) HKS II,Vorbem.zu §196,S.1; Born, Anm.zu §1 I,S.3.
2) Lenhard - Reichau I,Anm.2)a, zu §§7,8,S.24; Wulff - Herold,Vorbem.vor §7,S.15.
3) Für viele weitere: HKS I,Vorbem.Aa zu §7,S.78(m.w.N.); Hatschek, Verw.R.S.489; Wüsthoff, Einführung,S.57; Wilke, S.10; RGZ 53,98(99).

a) Die Wasserläufe

Die Bestimmungen für die Wasserläufe finden sich im 2. Titel des 1. Abschnitts (§§7-18).

Danach gehörten die Wasserläufe 1. Ordnung zum Privateigentum des Staates (§7). Im gesamten Geltungsbereich des pr.WG bestand damit erstmalig privates Eigentum im Sinne von §903 BGB an den Gewässern, die nach früherer Auffassung als öffentliche gemäß ALR II 14 §21 gemeines Eigentum des Staates[1] gewesen, im rheinisch-französischen Raum als öffentliches Eigentum zum Staatsvermögen gehört hatten (Art. 538 rBGB)[2] und nach dem gemeinen Recht in Preußen vorwiegend herrenlos gewesen waren[3]. Gemäß Art. 97 I WRV ist aufgrund des Staatsvertrages, betreffend den Übergang der Wasserstraßen von den Ländern auf das Reich vom 29.7.1921[4] bei den Wasserstraßen an die Stelle staatlichen Eigentums das des Reiches getreten. Zu den Wasserstraßen zählen nicht nur natürliche Wasserläufe 1. Ordnung[5], sondern auch künstliche: nämlich alle schiffbaren Kanäle. Da der Übergang nach dem Grundsatz der Gesamtrechtsnachfolge zu bestimmen ist[6], sind Umfang und Inhalt des Reichseigentums dem staatlichen Eigentum nach dem pr.WG gleich.

In §8 wird das Eigentum an den Wasserläufen 2. und 3. Ordnung den Eigentümern der Ufergrundstücke (Anlieger) zuerkannt, und zwar derart, daß die Eigentumsgrenze für gegenüberliegende Ufergrundstücke durch die Mittellinie des Wasserlaufs, für benachbarte Grundstücke durch eine auf dieser Linie senkrecht stehende Verbindung zur Grundstücksgrenze bestimmt wird. Soweit es sich um Wasserläufe 2. Ordnung handelt, gehören im Vergleich zu früherer

---

1) Oben S.116 ff.
2) Oben S.120 ff.
3) Oben S.123 ff.
4) RGBl.,S.961.
5) So Born, Anm.zu §7,S.13.
6) HKS I,Anm.1 zu §7,S.81.

Regelung von den natürlichen Gewässerstrecken nunmehr sowohl solche zum Privateigentum, die ehemals in niemandes Eigentum gestanden haben (Art. 714 NBGB)[1], oder die herrenlos gewesen sind, an denen aber die Möglichkeit des Erwerbs vom Privateigentum nicht ausgeschlossen war[2], wie auch die schon früher den Anliegern gehörenden Privatflüsse im landrechtlichen Gebiet[3].

Die Regelung des räumlichen Umfangs des Wasserlaufeigentums sowie der Einfluß durch Veränderungen setzt die Festlegung der Uferlinie voraus. Diese wurde in §12 I grundsätzlich mit der Grenze des Graswuchses bestimmt; lag sie über dem gewöhnlichen Wasserstand, so galt dieser als Uferlinie. Als gewöhnlichen Wasserstand definierte §8 III die Höhe, die im Durchschnitt der Jahre an ebensoviel Tagen überschritten wie nicht erreicht wird; er entspricht also dem mittleren Wasserstand des ALR.

Veränderungen natürlicher oder künstlicher Art wurden vom pr.WG mit Inselbildung (§14), Verlassen des Bettes durch den Wasserlauf (§§14-16), Anlandungen oder Senkung des Wasserspiegels (§17) sowie Uferabriß und -antreibung (§18) aufgezählt. Die Eigentumsverhältnisse wurden dahingehend gestaltet, daß sie in den Fällen des §14 unverändert blieben, in denen des §17 das Recht den Anliegern zukam und bei Uferabriß das Stück dem Eigentümer des Bodens gehörte, an den es anwuchs. Die §§15-16 bestimmten, daß von den Wasserläufen, die sich ein neues Bett gesucht hatten, diejenigen 1. Ordnung weiterhin dem Staat, diejenigen 2. und 3. Ordnung aber den neuen Anliegern - bzw. in Hessen-Nassau den Gemeinden - gehörten; des weiteren enthielten sie Entschädigungs- und Ausgleichsregelungen für die Betroffenen.

---

1) Oben S.121.
2) Im gemeinen Recht; oben S.125.
3) Oben S.211.

b) Die nicht zu den Wasserläufen gehörenden Gewässer

Diese gehörten gemäß §196 dem Eigentümer des Grundstücks, auf oder unter dem sie sich befanden. Die Verfügungsgewalt bezog sich nicht nur auf den Boden, sondern auch auf die Wasseransammlung selbst und schloß auch das Grundwasser mit ein.

3) Zulässige Änderungen der gesetzlich bestimmten sachenrechtlichen Ordnung

Die Frage, ob und wieweit der Eigentümer über sein Gewässerstück im Verkehr mit Dritten verfügen konnte, ist für die Wasserläufe und die nicht zu ihnen gehörenden Gewässer unterschiedlich zu beantworten.

Über die Wasser der §§196 ff. konnte der Eigentümer im Rahmen der von dieser Vorschrift selbst genannten Beschränkungen in derselben Weise frei verfügen wie über das Landgrundstück; er konnte es also insbesondere veräußern, vermieten, verpachten oder belasten. Innerhalb der vom Eigentümer abgeleiteten Befugnisse stand dieses Recht auch den Nießbrauchern, Pächtern oder sonst Nutzungsberechtigten zu[1].

Anders verhielt es sich bei den Wasserläufen, wo zunächst nochmals zu differenzieren ist, ob sie dem Staat oder öffentlichen Körperschaften gehören oder ob Eigentümer die Anlieger sind. Die Trennungslinie verläuft nicht zwischen den einzelnen Ordnungen, sondern mitten durch sie hindurch.

Soweit das Eigentum an den Wasserläufen dem Staat oder öffentlichen Körperschaften zukommt, ist es durch die Beschaffenheit und soziale Funktion der Gewässer dergestalt begrenzt, daß es nicht in einer Weise genutzt werden kann, die diesen Gegebenheiten widerspricht; es kann

1) HKS II, Anm. 1,4 zu § 196, S.1 f.

also nicht veräußert, aufgegeben oder belastet werden[1].

Die Möglichkeiten für den privaten Wasserlaufeigentümer ergeben sich aus §8 V. Danach ist die Wasserlaufstrecke Bestandteil seines Ufergrundstücks. Wenn dieses verkauft wird, geht also auch sie - auch ohne ausdrückliche Abmachung - auf den neuen Eigentümer über. Da der Wasserlauf jedoch kein wesentlicher Bestandteil im Sinne von §§93 ff. BGB des Landgrundstückes ist, kann er auch unabhängig von diesem veräußert oder belastet werden[2]. Das dem Eigentümer nach §40 pr.WG zustehende Benutzungsrecht hingegen ist kein frei veräußerliches Vermögensrecht und kann daher grundsätzlich nicht ohne das Eigentum am Wasserlauf übertragen werden.

Zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang die Vorschrift des §11 pr.WG, nach der eine Verschiebung in der Ordnung der Wasserläufe durch Änderung der Verzeichnisse die Eigentumsverhältnisse unberührt läßt. Wurden Wasserläufe 2. und 3. zu solchen 1. Ordnung, so konnte ihre Zugehörigkeit allerdings durch Königliche Verordnung gegen Entschädigung umgestaltet werden.

4) Die Behandlung alter Eigentumsverhältnisse

Die wichtigsten Erkenntnisse hierüber vermittelt §9 des Gesetzes. Aus seiner allgemein gehaltenen Formulierung folgt, daß nicht nur die kraft besonderen privat- oder öffentlichrechtlichen Titels zukommenden Eigentumsrechte, sondern auch die unmittelbar auf einer Rechtsnorm beruhenden aufrechterhalten wurden[3]. Letzteres war ursprünglich nicht geplant, da man annahm, die vom Entwurf vorgesehene Einteilung beseitige nirgends die bestehenden Eigentumsverhältnisse. Aber abgesehen davon, daß in

1) Wüsthoff, Einführung S.57.
2) Born, Anm.zu §8 V,S.15f.
3) Born, Anm.zu §9 I,S.16f.

Hessen-Nassau, im Harz und in Schlesien gesetzliche Eigentumsrechte[1] aufrecht erhalten werden sollten, stellte sich auch heraus, daß einige ehemalige Privatflüsse teils noch unter der Geltung des ALR schiffbar gemacht worden, infolge ALR II 15 §41 jedoch im bisherigen Privateigentum verblieben waren, teils auch erst kraft Verzeichnis zu den Wasserläufen 1. Ordnung gehörten, ohne im Eigentum des Staates zu stehen[2], sodaß die bisher Berechtigten entschädigungslos enteignet worden wären. Ebenso konnte es sich mit bisher privaten Seen verhalten[3].

Der §9 I bestimmt daher, daß das Eigentum an einem natürlichen Wasserlauf 1. Ordnung, das nicht dem Staat zusteht, auf diesen mit Ablauf von 10 Jahren nach Inkrafttreten des pr. WG übergeht, falls nicht der bisherige Eigentümer zuvor seine Eintragung ins Grundbuch wenigstens beantragt hat. Diese Bestimmung des pr.WG ist durch den Übergang aller Wasserläufe 1. Ordnung ins Reichseigentum im Jahre 1921 nicht bedeutungslos geworden, denn denjenigen, deren Eigentum durch die Vorschrift aufrechterhalten wurde, standen auch weiterhin die Nutzungen zu, zu denen ihr Eigentum berechtigte, soweit nicht später das Reich auch diese - nach Entschadigung - für sich in Anspruch nahm.

An den künstlichen Wasserläufen 1. Ordnung, die bei Inkrafttreten des pr.WG nicht dem Staat gehörten, blieb das Eigentum in seinem bisherigen Inhalt aufrechterhalten. Da ihr größter Teil aber als Wasserstraße ebenfalls in Reichseigentum überging, hatte auch hier §9 nur mit Blick auf die Nutzungen Bedeutung.

Die bei Inkrafttreten des pr.WG nicht den Anliegern gehörenden Wasserläufe 2. und 3. Ordnung verblieben in den alten Eigentumsverhältnissen. Hier kam nicht nur früherer

---

1) an Wasserläufen 2. und 3. Ordnung.
2) Beispiele: Pissek und Klodnitz (Masuren); Fälle im Untersuchungsgebiet sind nicht bekannt.
3) Weitere Einzelheiten bei HKS I,Anm.1 zu §9,S.100.

Eigentumserwerb kraft besonderen Titels wie Ersitzung auf Grund öffentlichen Glaubens des Grundbuchs oder durch Rezeß[1] in Betracht, sondern auch die unmittelbar auf einer Rechtsnorm beruhenden vom pr.WG abweichenden Eigentumsverhältnisse: diese waren vor allem das Staatseigentum im Harzbezirk (§16 I Satz 2,2. Halbsatz), das Gemeindeeigentum in Hessen-Nassau, den früher braunschweigischen und oldenburgischen Gebieten und das Eigentum der Deich- und Sielverbände nach Maßgabe von §9 II i.V.m. §323 pr.WG, vor allem in einigen Marschdistrikten Schleswig-Holsteins und Teilen von Bremen.

Das alte Eigentum blieb mit dem bisherigen Inhalt bestehen. Das bedeutete, daß die in der alten Rechtsgrundlage vorgesehenen Beschränkungen dem Eigentum ebenso weiter anhafteten wie die Befugnisse. Diese wurden allerdings begrenzt durch den Umfang der dem Wasserlaufeigentümer vom pr.WG gewährten Rechte und auferlegten Pflichten[2]. Soweit die Wasserläufe 1. Ordnung nicht dem Reich gehörten und das alte Eigentum nur begrenzt war, beispielsweise auf das Bett oder einzelne Nutzungsrechte, wurden die nicht erfaßten Rechte dem gesetzlichen Eigentum des Staates zuerkannt, sodaß ein nach den Grundsätzen des Miteigentums zu behandelndes unter zwei Berechtigte aufzuteilendes Eigentum entstand[3].

Die Aufrechterhaltungsvorschriften des §9 galten nur, soweit es sich bei den alten Rechten um privates Eigentum handelte[4]. Ein vom ALR dem gemeinen Staatseigentum zugerechneter von Natur schiffbarer Fluß, der vom pr.WG nicht mehr zur 1., sondern zur 2. oder 3. Ordnung gezählt wurde, fiel daher mit Inkrafttreten des neuen Gesetzes in das Eigentum der Anlieger.

---

1) Oben S.204 f.
2) HKS I,Anm.3 zu §9,S.102; a.A. Born, Anm.zu §9 I,S.17.
3) HKS I,Anm.3 zu §9,S.102.
4) HKS I,Anm.2 zu §9,S.101.

Für die Fortgeltung früherer Eigentumsrechte sind daher die älteren Vorschriften stets nicht nur daraufhin zu prüfen, welcher Gruppe das Gewässer angehörte und wem das Eigentum zustand, sondern auch danach zu untersuchen, welcher Art das Eigentumsrecht war.

II: Die Regelungen im württembergischen Wassergesetz von 1900

Das württembergische Wassergesetz nimmt unter den deutschen Lndesrechten vor allem wegen seiner Eigentumsregelung und der daraus entstehenden Folgen eine Sonderstellung ein. Hinsichtlich der Gewässereinteilung bleibt es bei dem aus dem gemeinen Recht bekannten System.

1) Die Gewässereinteilung

Das Gesetz unterscheidet öffentliche Gewässer (Art. 1 I) und solche, die nicht zu den öffentlichen gehören (Art. 2) und in der Literatur[1] auch als Privatgewässer bezeichnet werden. Die öffentlichen Wasser zählt das Gesetz in Art. 1 I erschöpfend auf. Ihr gemeinsames Kennzeichen war das ständige Fließen, ein aus dem römischen Recht entnommenes Unterscheidungsmerkmal, das für Deutschland weitgehend ins Leere stieß, da hier die Beständigkeit des Fließens die Regel ist. Eine Einteilung der Gewässer in schiffbare und nicht schiffbare war dem württ. WG unbekannt. Die Privatgewässer werden in Art. 2 nur beispielsweise aufgezählt[2], lassen sich aber anhand von Art. 1 I ermitteln.

a) Die öffentlichen Gewässer

Öffentliche waren die in natürlichem oder künstlichem Bett ständig fließenden Gewässer, sowie diejenigen Seen,

---

1) Haller, Anm.1 zu Art.2,S.10.
2) Haller, Anm.4 zu Art.2,S.10

die einen in gleicher Weise ständig fließenden Ablauf haben. Mit dieser Definition wurde ein vergleichsweise großer Kreis von Wassern erfaßt. Denselben Bestimmungen unterlagen sowohl die Donau wie der kleinste Bach. Der Kreis der Gewässer war vor allem umgrenzt durch das Erfordernis eines Bettes, worunter ein durch Sohle und Ufer begrenztes Gerinne verstanden wurde[1]. Dieses Gerinne mußte einige räumliche Ausdehnung und Selbständigkeit gegenüber dem angrenzenden Boden haben und sich von diesem deutlich abheben, da andernfalls ein zu den Privatgewässern gehörender Graben (Art. 2 I Ziff. 2) vorlag. Zweifelsfälle waren nach bisheriger Anschauung zu entscheiden[2]. Das Gewässerbett konnte auch künstlich hergestellt sein und unterlag hinsichtlich seiner Form keinerlei Anforderungen, sodaß auch Röhren, Gewölbe und verdeckte Kanäle - obgleich ein Ufer fehlt - hierhin gehörten, sofern sie nur in ihrem weiteren Verlauf das Wasser wieder zurückgaben; andernfalls würde es sich um eine Ableitung, also eine Benutzung, handeln. Zu den öffentlichen Gewässern zählten auch die künstlichen Mühlkanäle.

Seen gehörten zu diesen Gewässern, wenn sie einen den oben umschriebenen Anforderungen entsprechenden Abfluß hatten. Wenn dieser eine Einrichtung war, die menschlicher Willkür unterliegt, so nahm das einem See nicht bereits seine Eigenschaft als öffentliches Gewässer. Auf den Zulauf kam es nicht an; so waren Seen, die nur einen Zu- und allenfalls unbedeutenden Abfluß hatten, Privatgewässer. Als Beispiele werden nicht nur Feuer- und Fischteiche, sondern auch Stauseen angeführt[3]. Wo im einzelnen die Grenze gegenüber den Gewässern des Art. 2 liegt, wird in Ermangelung einer gesetzlichen Begriffsbestimmung für den See nur im Einzelfall und unter Berücksichtigung der örtlichen Verhältnisse entschieden werden

---

1) Haller, Anm.1 zu Art.1,S.3.
2) Haller, Anm.1 zu Art.1,S.4.
3) Haller, Anm.5 zu Art.1,S.5.

können[1].

b) Die nicht zu den öffentlichen gehörenden Gewässer

Alle nicht von Art. 1 I erfaßten Gewässer waren private (Art. 2 I). Das Gesetz nennt insbesondere Quellen, die nicht sofort einen in einem Bett ständig fließenden Wasserlauf bilden. Diese Regelung entsprach der preußischen; das gilt auch für die Bestimmung, daß unterirdische Gewässer nur dann private waren, wenn es sich bei ihnen nicht um den nur vorübergehend so erfolgenden Lauf eines zuvor schon oberirdisch abgeflossenen Wassers handelte. Beständig unterirdisch und damit nicht öffentlich war das Grundwasser (vgl. auch Art. 3). Als Privatgewässer sind weiterhin aufgeführt Teiche, Zisternen, Brunnen, Röhren und die - kein erkennbares Bett zeigenden - Gräben.

2) Die Eigentumsregelung

Gemäß Art. 1 II sind die öffentlichen Gewässer nach Maßgabe der näheren Bestimmungen des Gesetzes dem Gemeingebrauch unter Aufsicht der Staatsgewalt überlassen. Der Gesetzgeber vertrat die Meinung, das ständig fließende Wasser entzöge sich einer Verfügungsmöglichkeit, könnte daher nicht mit den Maßstäben des nur für körperliche Gegenstände geltenden Sachenrechts (§§90, 903 BGB) gemessen werden und unterläge als "res extra commercium" nicht dem Privatrechtsverkehr. Das bedeute aber nicht, daß das Wasser eine "res nullius" oder "omnium communis" wäre; das Schwergewicht läge vielmehr bei der Aufsicht der Staatsgewalt, die wegen des Interesses der Allgemeinheit am Gewässer bestünde; Eigentum irgendeines Rechtssubjekts vertrüge sich hiermit nicht[2]. Das Gesetz folgte also den Gedanken der Hoheitstheorie.

---

1) Höhne, S.14.
2) Hofacker, Mitteilungen, S.6f.

Grundsätzlich war auch das Bett des öffentlichen Gewässers dem Privateigentum entzogen (Art. 7 I). Dem lag die römisch-rechtliche Ansicht vom Bett als integrierendem Bestandteil des Gewässers zugrunde. Bei Wasserläufen und Seen mit künstlichem Bett (sofern es nicht bloß das natürliche Gerinne ersetzen soll) verblieb es jedoch im Eigentum dessen, dem auch der Boden vor der Anlegung des Gewässers gehörte (Art. 7 I Satz 2); bedeutsam beispielsweise bei Mühlkanälen. Mit dieser Regelung war der Grundsatz sehr weitgehend durchbrochen.

Bezüglich des Eigentums an Bauten und Anlagen im Gewässerbett sah Art. 8 vor, daß sie nur dann Bestandteil des Bettes wurden, wenn sie mit einem im Privateigentum stehenden Gerinne fest verbunden waren.

Keine großen Auswirkungen hat der Übergang der Wasserstraßen in das Eigentum des Reiches gehabt, da dies nur den Neckar von der Landesgrenze bis Plochingen betraf[1].

Die für den räumlichen Umfang des Gewässers ausschlaggebende Uferlinie wurde von der Kreisregierung festgesetzt (Art. 7 IV) und durch den Wasserstand bestimmt, der der regelmäßig wiederkehrenden Anschwellung der Gewässer entspricht (Art. 7 III). Damit ist der römisch-rechtliche höchste Wasserstand umschrieben.

Bei räumlichen Veränderungen am Gewässer sah das Gesetz vor, daß Anspülungen den Ufereigentümern zuwuchsen (Art. 9 I); das galt auch für den Fall eines künstlichen privateigenen Bettes[2]. Auf Seen fand diese Regelung keine Anwendung (Art. 9 II). Wie in Preußen war der Uferabriß geregelt: das abgespülte Stück wurde Eigentum desjenigen, an dessen Boden es anwuchs[3]. Inseln, die sich im öffentlichen Gewässer bildeten, gehörten nur bei privatem Bett

---

1) Kniep, S.21.
2) Haller, Anm.7 zu Art.9,S.31.
3) Einzelheiten in Art.9 III.

dessen Eigentümer (Art. 14 Satz 1); ansonsten fielen sie römisch-rechtlicher Auffassung entsprechend den Ufergrundstückseigentümern anteilig zu (Art.10 I)[1] und wurden als selbständige Grundstücke angesehen[2]. Trockengelegte oder künstlich verlandete Teile des Gewässerbettes wurden Eigentum des Unternehmers der Verlegung oder Regulierung (Art. 12 I); hatte das öffentliche Gewässer sein Bett ohne menschliche Einwirkung verlassen und war das Recht der Betroffenen auf Wiederherstellung des alten Zustandes erloschen (Art. 13 I, II), so wurden die Eigentümer der angrenzenden Ufergrundstücke bis zur Mittellinie Eigentümer des Bettes (Art. 13 IV). Stand ein Gewässerbett bereits im Privateigentum, so verblieb es in beiden Fällen bei dieser Rechtslage (Art. 14 Satz 2).

Die Eigentumsregelung für die nicht öffentlichen Gewässer folgt aus Art. 2, gemäß dem sie der privatrechtlichen Verfügung des Grundeigentümers überlassen sind.

Dieser Formulierung des Gesetzes wegen wendet sich Hofakker[3] gegen den Begriff "Privatgewässer". Das Gesetz kenne nur öffentliche Gewässer und solche, die nicht zu diesen gehören. Bei ihnen handele es sich aber nicht um private Gewässer. Zur Stützung seiner Ansicht führt Hofacker aus, daß beispielsweise bei den Grundwasserveränderungen im Zuge der Illerkorrektion und der Neckarkanalisierung kein Kreis von Berechtigten vorhanden gewesen sei, der in seinen Rechten getroffen werden konnte, denn es sei weder auf ein privates Gewässer eingewirkt worden, noch habe irgendein Eigentümer ein Recht auf Zufluß von Grundwasser irgendeiner Art oder Menge gehabt.

Dem kann mit der herrschenden Meinung[4] grundsätzlich

---

1) Inseln im Boden-u.Federsee waren zunächst herrenlos; Art.10 II u.Haller, Anm.7 zu Art.10,S.3.
2) Haller, Anm.5 zu Art.10,S.33.
3) Hofacker, Mitteilungen, S.8f.
4) Haller, Anm.1 zu Art.2,S.10; Kniep, S.21; Duffing, S.34f.; Höhne, S.50.

nicht gefolgt werden. Zwar ist der Ansicht Hofackers hinsichtlich des Grundwassers zuzustimmen: an diesem stand dem Eigentümer des Bodens gemäß Art. 3 in der Tat nur ein ausschließliches Aneignungs- und Nutzungsrecht zu, und es wurde weder ein selbständiges Eigentum fingiert, noch war die Verfügungsbefugnis des Art. 2 vorgesehen; alle nicht öffentlichen Gewässer aber fielen in das Eigentum der Ufergrundstückseigentümer und waren Bestandteile dieses Bodens.

3) Zulässige Änderungen der gesetzlich bestimmten sachenrechtlichen Ordnung

An den öffentlichen Gewässern waren Verfügungen in dieser Hinsicht nicht möglich, da sie nur der Aufsicht der Staatsgewalt unterlagen.

Über die Privatgewässer des Art. 2 hingegen konnte der Eigentümer frei verfügen, sie insbesondere veräußern und belasten und im Rahmen der ihm selbst zustehenden Benutzungsbefugnisse diese Dritten im Wege von Dienstbarkeiten einräumen. Sein gesetzliches Nutzungsrecht selbst konnte er jedoch nicht veräußern.

4) Die Behandlung alter Eigentumsverhältnisse

Das württembergische Gesetz traf nicht auf eine derartige Vielzahl unterschiedlicher Eigentumszuordnungen wie das preußische; eine allgemeine nur diese Frage regelnde Bestimmung findet sich daher nicht. Zwischen gemeinem Recht und dem württ. WG wird es eine Verschiebung im Kreis der öffentlichen und privaten Gewässer nicht gegeben haben, da in beiden Fällen die Perennität als Abgrenzungsmerkmal galt[1] und Probleme einer Veränderung nirgends erwähnt werden

1) Oben S.103, 109.

Bei den öffentlichen Gewässern war der gemeinrechtlich an den nicht schiffbaren mögliche Eigentumserwerb grundsätzlich auf das Bett beschränkt[1]. Soweit zur Zeit des Inkrafttretens des württ. WG hier ein Eigentum begründet war, blieb es aufrechterhalten (Art. 7 II). Zwar stellte Art. 1 III für alle öffentlichen Gewässer fest, daß wohlerworbene Rechte Einzelner, wozu auch das Eigentum an den Wasserläufen gehörte[2], nunmehr als öffentliche Nutzungsrechte mit unverändertem Inhalt weiterbestehen sollten. Vorbehalten war dabei jedoch, daß Art. 7 etwas anderes bestimmte. Durch diese Einfügung wurde klargestellt, daß das private Eigentumsrecht am Bett öffentlicher Gewässer soweit es nach Art. 7 II fortbestand, auch weiterhin als bürgerlich-rechtliches aufrechterhalten wurde[3]. Für die privaten Gewässer kann aus Art. 2 nicht geschlossen werden, daß eine einem anderen als dem Grundeigentümer zukommende Verfügungsbefugnis aufgehoben werden sollte.

III: Die Regelungen im badischen Wassergesetz von 1899 und im bayerischen Wassergesetz von 1907

Da untereinander ähnlich können das badische und das bayerische Wassergesetz gemeinsam untersucht werden; dadurch treten auch die Unterschiede in den Einzelheiten besser zutage.

1) Die Gewässereinteilung

Beide Gesetze unterschieden öffentliche und nicht öffentliche Gewässer; grundsätzlich war Abgrenzungsmerkmal die Schiff- und Floßbarkeit.

---

1) Oben S.128.
2) Haller, Anm.9 zu Art. 1 III, S.8.
3) Haller, Anm.10 zu Art.1 III, S.8.

a) Die öffentlichen Gewässer

Das badische Gesetz zählte in §1 zu den öffentlichen Gewässern alle "nach ihrer Natur oder durch künstliche Veranstaltungen für den öffentlichen Verkehr mit Schiffen oder gebundenen Flößen benutzbaren Flüsse, Kanäle und Seen, und zwar die Wasserläufe von dem Punkte an, wo diese Benutzbarkeit beginnt". Während die natürlichen Gewässer bereits aufgrund der Möglichkeit der Schiffahrt - die tatsächliche Vornahme war unerheblich - öffentlich waren, gehörten die künstlich für den Verkehr nutzbar gemachten erst nach Bekanntgabe einer entsprechenden Entschließung der obersten Staatsbehörde zu diesem Kreis (§1 IV). Wurde durch Änderung der tatsächlichen Verhältnisse der Verkehrszweck für dauernd ausgeschlossen, so blieben die Gewässer so lange öffentliche, bis ihnen die oberste Staatsbehörde diese Eigenschaft entzog (§1 V). Der Grundsatz der Schiffbarkeit wurde durchbrochen durch §1 II, der "auch die Nebenarme, die bei gewöhnlicher Anschwellung des Hauptgewässers zur Abführung der Wassermasse dienen, die Sammelbecken, Zu- und Ableitunge, worin Wasser für die Zwecke des öffentlichen Gewässers zusammengefaßt, zu- und abgeleitet wird, die Häfen, sowie die sonstigen dem öffentlichen Gebrauchszweck des Gewässers dienenden Einrichtungen" zu Bestandteilen des öffentlichen Gewässers erklärte. Die beiden Fassungen des Gesetzes von 1899 und 1913 sind bei dieser Einteilung identisch[1].

Ganz ähnlich ist die Regelung im bay WG, wo öffentliche Gewässer gemäß Art. 1 I die Flüsse und Flußteile waren, "welche zur Schiff- oder Floßfahrt dienen, sowie die Nebenarme solcher Flüsse, selbst wenn sie nicht zur Schiff- und Floßfahrt dienen, dann die vom Staat errichteten Kanäle, soweit sie durch die Staatsregierung der Schiff- oder Floßfahrt eröffnet sind". Bis auf die Kanäle ent-

1) Der weiteren Untersuchung wird die Fassung vom 12.4. 1913 zugrunde gelegt.

spricht diese Regelung dem WBG; früher wurden sie bereits durch die Eröffnung zu jeglichem Gebrauch öffentlich[1]. Bei den Seen und sonstigen geschlossenen Gewässern bemaß sich der Charakter nach den bestehenden Rechtsverhältnissen. Ausgangspunkt für die Bestimmung wird stets der Zeitpunkt des Inkrafttretens des WBG sein[2]. Die Flüsse und Flußteile, also die natürlichen Wasserläufe, behielten gemäß Art. 3 ihre öffentliche Eigenschaft auch, wenn sie nicht mehr dem Verkehr dienten; damit wurde ihr Umfang vom 7.10.1852 als Mindestbestand garantiert[3]. Ihren öffentlichen Charakter wieder verlieren konnten Kanäle (durch Entwidmung) und Seen[4].

b) Die nicht öffentlichen Gewässer

Das bad WG 1899 unterschied zwischen natürlichen nicht öffentlichen Wasserläufen (§2), künstlichen nicht öffentlichen Wasserläufen (§3) und geschlossenen Gewässern (§4); das bay WG grenzte ab zwischen Privatflüssen und Bächen einerseits (Artt. 21ff.) und geschlossenen Gewässern andererseits (Artt. 16ff.).

Zu den natürlichen Gewässern des §2 bad WG 1899 gehörten alle nicht unter §1 fallenden Wasserläufe, also alle nicht schiffbaren Flüsse und Bäche. Deutlich erkennbar handelte es sich hierbei um die Gewässer, die früher von Satz 714 BL erfaßt[5] und auch vom bad WG 1876 den öffentlichen zugerechnet wurden[6]; ihre nunmehr vorgenommene Einordnung bei den Privatgewässern war für die Eigentumsregelung sehr bedeutsam, hatte aber bei den Benutzungen keine entscheidenden Veränderungen zur Folge. Weiterhin zu den Gewässern des §2 gehörten die zur Entsumpfung und Entwässerung hergestellten größeren Gräben (Landgräben), sowie

---

1) Oben S.213.
2) RS, Randnr.76 zu Art.1,S.66.
3) RS, Randnr.1 zu Art.3,S.75.
4) RS, Randnr.4 zu Art.3,S.75f.; Randnr.74,76 zu Art.1,S.66.
5) Oben S.105 f.
6) Oben S.223.

die zum gänzlichen oder teilweisen Ersatz eines natürlichen Wasserlaufs errichteten Strecken. Künstliche nicht öffentliche Wasserläufe waren die übrigen Gräben sowie nicht schiffbaren Kanäle, Dohlen und jegliche ober- wie unterirdischen Leitungen (§3). Diese waren auch nach früheren Regelungen bereits nicht öffentlich, ebenso wie die in §4 genannten geschlossenen Gewässer; zu ihnen gehörten Seen, Teiche, Weiher (ungeachtet ihrer Zu- oder Abfluß-verhältnisse), Brunnen, Zisternen, Quellen - bis zur Grenze des Ursprungsgrundstücks[1] - sowie unterirdische Wasseradern und Grundwasser.

Weiter als in Baden wurde vom bay WG der Kreis der sogenannten geschlossenen Gewässer gezogen; es wurden von Art. 16 I zu ihnen auch noch Kanäle und Gräben sowie Regenwasser und künstlich angelegte Wasserleitungen gerechnet. Zu letzteren zählten zwar noch Trink- und Brauchwasser[2] -, jedoch - anders als in Baden - keine Abwasser- oder Kanalisationsleitungen[3]. Die Privatflüsse und Bäche wurden im bay WG nicht benannt; ihr Kreis ergibt sich daher negativ aus den weder zu den öffentlichen noch zu den geschlossenen Gewässern gehörenden Wasserläufen, wobei zwischen Fluß und Bach kein rechtlicher Unterschied bestand[4]. Literatur und Rechtsprechung[5] definieren sie als die natürlichen, regelmäßig fließenden nicht öffentlichen Wasserläufe nach Abfließen vom Quellgrundstück. Sie waren identisch mit den Privatflüssen im WBG.

---

1) Wiener, Anm.5 zu §4,S.49.
2) Eymann - Schubert II, Anm.9 zu Art.16,S.638.
3) RS, Randnr.25 zu Art.16,S.150.
4) RS, Randnr.17 zu Art.21,S.242.
5) RS, Randnr.19 zu Art.21,S.242; Harster - Cassimir, Anm. 1 zu Art.21,S.146; Eymann - Schubert II, Anm.1)a) zu Art.21,S.720; bay. VGH 47,54; 48,1.

2) Die Eigentumsregelung

An den öffentlichen Gewässern sprechen sowohl das bad WG 1899 als auch das bay WG das privatrechtlich aufzufassende Eigentum dem Staat zu; bei den nicht öffentlichen Gewässern weichen sie - historisch bedingt - in der Wahl der Rechtssubjekte voneinander ab.

a) Baden

Im badischen Gesetz sind drei Gruppen von Eigentümern zu unterscheiden: der Staat, die Gemeinden und Privatpersonen.

Der Staat war Eigentümer der öffentlichen Gewässer des §1. Dieses Eigentum ist privatrechtlich im Sinne des BGB[1], denn §23 bad.WG 1899 unterstellte die Gewässer den für Grundstücke geltenden Vorschriften des allgemeinen bürgerlichen Rechts, soweit das bad. WG 1899 nicht etwas anderes bestimmte. Das ist nicht geschehen. Es kann auch nicht aus den in §§15 und 5 getroffenen Nutzungs- und Verfügungsbeschränkungen herausgelesen werden, wie dies Schenkel macht und das Eigentum des Staates als öffentliches bezeichnet[2]. Dabei dürfte er allerdings nicht das öffentlich-rechtliche Eigentum im Sinne Otto Mayers gemeint haben[3], denn er will seinen Begriff des öffentlichen Eigentums nur der Klarheit wegen einführen[4], da dem Staat als Grundstückseigentümer auch private Gewässer gehören konnten. Eine derartige Unterscheidung in das Eigentumsrecht des BGB[5] hineinzutragen, ist aber mangels

---

1) So die weitaus herrschende Meinung: Höhne, S.63f.; Kniep,S.9; Kolb,Einführung,S.11; a.A.v.Bayer - Ehrenberg, S.12.
2) Schenkel 02,Anm.7a zu §1,S.103f.
3) Wie auch Höhne, S.63f. glaubt.
4) Schenkel widerspricht nämlich nicht der Auffassung der 1.Kammer, die das Wort "öffentliches" deshalb aus dem Entwurf gestrichen hat, weil eine derartige Unterscheidung dem bürgerlichen Recht fremd sei, sondern nur der Meinung, daß es einer Kennzeichnung der Besonderheiten des staatlichen Eigentums an den öffentlichen Gewässern nicht bedürfe.

praktischer Bedeutung unnötig und nährt verwirrenderweise nur Gedanken an eine Kontinuität der früheren Eigentumsregelung[1].

Dem Staat gehörten auch nicht öffentliche Gewässer, nämlich diejenigen Seen, an denen Eigentumsrechte anderer nicht nachweisbar waren (§4 II).

Im Eigentum der Gemeinden standen gemäß §2 I die natürlichen nicht öffentlichen Wasserläufe. Dieses Recht ist durch das bad WG 1899 erst begründet worden[2]. Eine Schädigung früherer Eigentumsrechte Dritter trat hierdurch nicht ein, da diese Gewässer aufgrund Satz 714 BL in niemandes Eigentum stehen konnten. Die neue Regelung wurde getroffen, da diese Ansicht nach 1876 vergessen zu werden drohte, erst durch das Reichsgericht mit Urteil vom 20.11.1884[3] wieder klargestellt werden mußte und in Vermessungswerken teilweise ohnehin bereits die Gemarkungen als Eigentümer eingetragen waren[4]. Allerdings geschah die Eigentumsbegründung für die Gemeinden gemäß §113 bad WG 1899 vorbehaltlich der früher kraft besonderer privatrechtlicher Titel an diesen Gewässern bestehenden Nutzungsrechte. Die Gemeinden waren außerdem noch Eigentümer derjenigen künstlichen nicht öffentlichen Wasserläufe, an denen Eigentums- oder Benutzungsrechte anderer nicht nachweisbar waren (§3 II). Ansonsten gehörten diese Gewässer gemäß §3 I den Rechtserwerbern.

Die geschlossenen Gewässer des §4 gehörten den Grundstückseigentümern.

Die Uferlinie bestimmte sich nach dem mittleren Wasserstand (§6 I), falls sie nicht aufgrund besonderer Umstände anders vermarkt war (§6 II). Hiervon ausgehend beur-

---

5) das Schenkel auch an den öffentlichen Gewässern ausdrücklich anerkennt: Anm.7a zu §1,S.104.
1) Oben S.222 f.
2) Wiener, Anm.2 zu §2,S.44.
3) RGZ 12,340.
4) Schenkel 02,Anm.3 zu §2,S.122.

teilten sich die Gewässerveränderungen. An den öffentlichen Gewässern, den natürlichen nicht öffentlichen Wasserläufen und den Seen im Staatseigentum fielen gemäß §7 natürliche Anlandungen den Ufergrundstückseigentümern, natürlich entstehende Inseln den Gewässereigentümern zu; künstlich herbeigeführte Anlandungen und Inseln gehörten nach §8 dem Unternehmer. Durch Umkehrschluß ergibt sich für die anderen Gewässer in diesen Fällen die Begründung von Eigentum für den Gewässereigentümer. Suchte sich ein natürlicher Wasserlauf ein neues Bett, so gehörte dieses jeweils den nach §§1-4 Berechtigten (§9 I)[1]; das alte Bett fiel demjenigen zu Eigentum zu, der für die Instandhaltung des Wasserlaufs zu sorgen hatte (§9 II). Landabriß und -antrieb war in §10 in der schon bekannten Weise geregelt.

b) Bayern

Das Prinzip des bay WG deckt sich mit dem des WBG. Gemäß Art. 2 bay WG standen die öffentlichen Gewässer im Eigentum des Staates. Lebhaft weiter diskutiert[2] wurden für die Wasserläufe Natur und Reichweite des Eigentums. Eymann - Schubert[3] sind der Ansicht, es handele sich um öffentlich-rechtliches Eigentum im Sinne Otto Mayers; Brenner - Fergg[4] erkennen zwar an, daß der Gesetzgeber Eigentum im Sinne des BGB gemeint hat, glauben aber, daß in den Anschauungen sich derzeit eine Umbildung vollziehe, die dem öffentlichen Eigentum zum Durchbruch verhelfen werde. Damit irrten sie jedoch. Mit der Begründung, daß das öffentliche Eigentum dem heutigen Rechtssystem widerspreche, wird von der ganz überwiegenden Literatur das Recht des Staates als privatrechtlich angesehen[5]. Dabei sind sich alle Schriftsteller darüber

---

1) Nach Entschädigung der bisherigen Eigentümer d.Bodens.
2) Der schon beim WBG - oben S.215f.- angetroffene Meinungsstreit hielt an.
3) Eymann-Schubert II,Anm.1)a) zu Art.2,S.528.
4) Brenner - Fergg, Anm.Ia) zu Art.2,S.34.
5) RS, Randnr.4 zu Art.2,S.69; Gatterbauer, S.20; Harster-

einig, daß das Eigentum das Gewässerbett erfaßt; die Beziehung auf das Wasser selbst aber ist streitig. Harster - Cassimir[1] sehen die gesamte in jedem Zeitteil im Flußbett enthaltene Wassermenge, nicht aber die einzelne Welle als im Eigentum stehend an. Dittmann[2] gibt dem Eigentümer am Wasser nur ein ausschließliches dingliches Nutzungsrecht. Da für öffentliche Sachen deren Körperlichkeit im Sinne des BGB unwesentlich ist[3], kann mit der herrschenden Meinung[4] der vor allem von Brenner - Fergg[5] vorgetragenen Ansicht gefolgt werden, daß das Gewässereigentum sich auf das Bett und die darüber befindliche Wassersäule erstreckt und Grundstückseigentum im Sinne des BGB ist - beschränkt durch die Benutzungsrechte anderer und den Gemeingebrauch.

Die nicht öffentlichen Gewässer standen unstreitig im Privateigentum, das Bett und Wasser umfaßte. An den geschlossenen Gewässern des Art. 16 stand das Eigentum vorbehaltlich anderer Rechtsverhältnisse dem Grundstückseigentümer zu. Dessen Verfügungsmacht über das Gewässer, das wesentlicher Bestandteil des Grundstücks[6] ist, bestimmte sich grundsätzlich nach den §§903ff. BGB, war aber durch die Sozialpflichtigkeit des Eigentums und in seltenen Fällen auch durch die Tatsache eingeschränkt, daß auch ein geschlossenes Gewässer eine öffentliche Sache im Gemeingebrauch sein konnte[7].

Die Privatflüsse und Bäche waren wie im WBG in der Regel

Cassimir, Anm.4) zu Art.2,S.19; Höhne, S.59f.m.w.N.

1) Harster - Cassimir, Anm.2) zu Art.2,S.16.
2) Dittmann, S.5ff.
3) RS, Randnr.36 zu Art.1,S.59.
4) RS, Randnr.9 zu Art.2, S.72: Höhne, S.61; Gatterbauer, S.20f.
5) Brenner - Fergg, Anm.IIc) zu Art.2,S.35.
6) Das wird von RS, Randnr.57 zu Art.16,S.159f. nur als Regelfall angesehen; der Vorbehalt zugunsten besonderer Rechtsverhältnisse ermögliche die Durchbrechung dieser Regel und die Einräumung des Eigentums auch am Wasser allein.
7) Wie beim Grundwasserstrom; RS, Randnr.14 zu Art.1,S.53f.

Bestandteile der Grundstücke, durch die sie hindurchfließen (Art. 21), sie konnten aber auch im Eigentum des Staates (Art. 23) oder Dritter stehen (Art. 24).

Die Veränderungen bezüglich des räumlichen Umfangs des Eigentums, die gemäß Art. 6 vom mittleren Wasserstand aus zu bestimmen waren, wurden mit den Differenzierungen für öffentliche und nicht öffentliche Gewässer in Artt. 8-15 und 22, 25 fast gleichlautend wie im WBG geregelt, sodaß dorthin verwiesen werden kann[1].

3) Zulässige Änderungen der gesetzlich bestimmten sachenrechtlichen Ordnung

Während in Baden aufgrund §5 bad WG 1899 das dem Staat an öffentlichen Gewässern und den Gemeinden an natürlichen nicht öffentlichen Wasserläufen zustehende Eigentum im Wege privatrechtlichen Rechtsgeschäfts weder auf andere übertragen noch mit Rechten belastet werden konnte, waren in Bayern die Beschränkungen bei den öffentlichen Gewässern weniger stark. Hier bestimmten sich die Grenzen durch die öffentliche Zweckbestimmung des Gewässers und die einzelnen Normen des bay WG; innerhalb dieser Schranken waren sie ganz oder teilweise veräußerungs- und belastungsfähig[2].

Die noch nicht genannten Gewässer konnten in beiden Ländern von ihren Eigentümern im Rahmen ihrer Verfügungsmacht veräußert, belastet oder zur Nutzung überlassen werden. Für Bayern ist anzumerken, daß dies bei den Privatflüssen und Bächen auch losgelöst vom Landgrundstück möglich war, da sie lediglich Bestandteile der Grundstükke waren (Art. 21). Weil in Art. 16 der Wendung "soweit nicht andere Rechtsverhältnisse bestehen" nicht nur rein deklaratorische Bedeutung beigemessen werden kann, muß

1) Oben S.218.
2) RS, Randnr.12 zu Art.2,S.72 u.Randnr.4,5 zu Art.2,S.69f.

eine vom Landgrundstück getrennte Verfügung auch über die geschlossenen Gewässer möglich sein, und dies als Durchbrechung der Eigenschaft des Wassers als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks angesehen werden[1].

4) Die Behandlung alter Eigentumsverhältnisse

Da beide Gesetze die Eigentumsverhältnisse an den Gewässern entweder in gleicher Weise wie ihre Vorgänger oder zumindest ohne Widerspruch zu ihnen geregelt haben, waren Vorschriften über die auf den vorangegangenen Gesetzen unmittelbar beruhenden Eigentumsverhältnisse nicht vonnöten; sie wurden durch die neue Gesetzgebung ohnehin weitergeführt. Das bad WG 1899 und das bay WG trafen daher nur Regelungen für besonders erworbenes Eigentum.

In Baden blieb das kraft besonderer privatrechtlicher Titel begründete Eigentum gemäß §113 bad WG 1899 weiter bestehen, auch wenn es nach neuem Recht nicht mehr begründet werden konnte. Diese Regelung führte auch an den dem Gemeindeeigentum unterworfenen natürlichen nicht öffentlichen Wasserläufen zu keinerlei Kollision, denn ein durch privaten Rechtstitel erworbenes Eigentumsrecht einer Privatperson konnte deshalb nicht bestehen, weil es an diesen herrenlosen Gewässern weder durch Rechtsgeschäft noch durch Ersitzung hatte begründet werden können[2]; war jedoch aufgrund irriger Auslegung von Satz 644 BL ein Anlieger als Eigentümer angesehen und ins Grund- oder Lagerbuch eingetragen worden, so war dies kein auf einem besonderen privaten Titel beruhendes Recht[3], wurde durch §113 bad WG 1899 nicht aufrechterhalten und fand auch sonst in der neuen Gesetzgebung keine Stütze, da dies Eigentumsrecht weder vom BL noch vom bad WG 1876 vorgesehen war.

---

1) RS, Randnr.57 zu Art.16,S.159f.: a.A.Duffing, S.29f.
2) Wiener, Anm.3) zu §113,S.194; RGZ 12,340.
3) Schenkel 02,Anm.5) zu §2,S.126f.

Für Bayern bildete Art. 207 bay WG die einschlägige Vorschrift. Ihr gemäß blieben die bei Inkrafttreten des Gesetzes bestehenden, auf Privatrechtstiteln beruhenden Eigentumsrechte aufrechterhalten. Ausschlaggebend war, daß der Rechtserwerb durch besonderen privatrechtlichen Titel geschah. Der Ansicht Eymann - Schuberts[1], die Natur des Titels sei gleichgültig, maßgebend dagegen vielmehr, daß ein Privatrecht erworben worden sei[2], kann wegen des eindeutigen Wortlauts des Art. 207 bay WG, dessen Regelung auch mit den früher und in anderen Ländern getroffenen Anordnungen übereinstimmt, nicht gefolgt werden[3].

C: Die Regelung der Gewässerbenutzungen

Die hier behandelten Gesetze gingen auf diesem Gebiet nicht alle denselben Weg. Sie glichen sich - wie auch schon in früheren Zeiten - allerdings darin, daß abgesehen von den den Eigentümern zustehenden Nutzungen ein bestimmter Kreis von Tätigkeiten als Gemeingebrauch jedermann eröffnet wurde, während andere Benutzungen von den Interessenten nur nach Erlangung einer Rechtsgrundlage wahrgenommen werden konnten[4]. Diese Rechtsgrundlage war die Sondernutzungsbewilligung, die von den einzelnen Gesetzen unterschiedlich als Erlaubnis oder Verleihung bezeichnet wurde. Sodann war das Institut der Gebrauchserlaubnis bekannt, auf deren Gebiet allerdings in Gesetzen und Literatur große Unklarheit bestand. Sie bezog sich nicht so sehr auf das Problem, ob die Gebrauchserlaubnis ein rechtsbegründender Akt ist oder nicht. Das

1) Eymann - Schubert II,Anm.1) zu Art.207,S.1683f.
2) Beispiel: der öffentlich-rechtliche Titel der Erlaubnis nach Art.10 II WBG gewährte ein Privatrecht.
3) So auch RS, Randnr.6 zu Art.207,S.1183f.
4) Einige Gesetze kannten noch einen sog.Notgebrauch bei Hochwasser, Feuersbrunst und dergleichen.

wird von den Schriftstellern in der Regel eindeutig verneint[1] und ergibt sich auch aus den Gesetzen selbst[2]. Die Verwirrung herrschte vielmehr auf dem Gebiet des rechtlichen Standortes; so wurde die Gebrauchserlaubnis bisweilen als sog. "kleine Nutzung" unter dem Oberbegriff des Gemeingebrauchs eingeordnet[3], bisweilen wurde sie als zu den Sondernutzungen gehörig bezeichnet[4], in einigen Fällen wurde ihr eine Mittelstellung eingeräumt[5] und in den Gesetzen wurde sie zum Teil neben die präventive Genehmigung gestellt.

Das preußische Gesetz ging bei oberflächlicher Betrachtung noch streng den Weg der "alten" Zweiteilung in Gemeingebrauch und Verleihung, war jedoch nach Ansicht des Verfassers von der heutigen Dreiteilung weniger weit entfernt, als zunächst zu vermuten steht.

Mag die Festigung der Gebrauchserlaubnis auch ein erster allgemeiner Unterschied gegenüber früheren Regelungen sein, augenfälliger und auch tiefgreifender war jedoch die Tatsache, daß aus Gründen zunehmender relativer Verknappung des Wasserschatzes der staatliche Einfluß bei der Ordnung der Benutzungen an privaten Gewässern weiter als bisher vorgedrungen war und den Kreis der auf dem Eigentum beruhenden Tätigkeiten noch mehr beschränkte. Die Einzelheiten waren landesrechtlich verschieden, wobei Preußen und Baden die am meisten einschneidenden Regelungen hatten: hier bedurften die Eigentümer zur Ausübung bestimmter Benutzungsvorgänge am Gewässer bereits einer hoheitlich zu erteilenden Rechtsgrundlage; daraus folgte, daß der Staat an ihren Gewässern auch Dritte zu diesen Tätigkeiten berechtigen konnte, die die Eigentümer dann zu dulden hatten.

---

1) Vür viele: RS, Randnr.34 zu Art.26,S.291f.; Höhne,S.106.
2) Zum Beispiel: §98 IV VVzWG.
3) Haller, Anm.1) zu Art.16,S.53.
4) RS, Randnr.34 zu Art.26,S.291.
5) Haller, Anm.1) zu Art.31,S.95.

Mit diesem Übergreifen öffentlichen Rechts auf die privaten Gewässer, sowie auch aufgrund der Tatsache, daß die öffentlichen Gewässer selbst in - wenngleich staatlichen, so doch immerhin - privatem Eigentum standen, stellten sich die Probleme des Dualismus zwischen staatlicher Gewährung und Privateigentumssowie der Duldungspflicht des Gewässereigentümers[1]. Das Verhältnis zwischen Nutzungsberechtigtem und Gewässereigentümer sagt jedoch nichts über die rechtliche Natur des Gebrauchs aus, sodaß diesen Fragen hier nicht weiter nachgegangen werden muß.

Im einzelnen ergeben sich im Bild der Gewässerbenutzungen Verschiedenheiten in den untersuchten Ländern. Sie beruhen nicht nur auf der bereits gezeigten unterschiedlichen Entwicklung der Rechtsgrundlagen, sondern auch auf den voneinander abweichenden Einteilungs- und Eigentumsregelungen.

I: Der Gemeingebrauch

Gemeingebrauch war nicht nur an öffentlichen, sondern landesrechtlich verschieden auch an privaten Gewässern zugelassen. Der Kreis der Tätigkeiten war bisweilen abschließend, bisweilen nur beispielhaft aufgeführt.

1) Der Gemeingebrauch im preußischen Wassergesetz von 1913

Das preußische Wassergesetz regelte den Gemeingebrauch in den §§25-39 (1. Abschnitt, 3. Titel, II) und in §199 III.

Daraus ergibt sich, daß er grundsätzlich nur an den natürlichen Wasserläufen zulässig war. Die einzelnen Tätigkeiten führte das Gesetz abschließend auf. Gemäß §25 pr. WG waren es das Baden, Waschen, Schöpfen mit Handgefäßen[2],

1) Oben S.175 f.
2) Nicht nur für die eigene Haushaltung und Wirtschaft,

Tränken, Schwemmen, Kahnfahren und Eislaufen sowie die Wasser- und Eisentnahme für die eigene Haushaltung und Wirtschaft. Weiterhin gestattet war die Einleitung von Wasser sowie von Abwasser, das in Haushaltung und Wirtschaft entstand.

An den Wasserläufen der 2. und 3. Ordnung waren Kahnfahren und Eislaufen nur in dem bisher gemeingebräuchlichen Umfang gestattet und die Eisentnahme gänzlich ausgeschlossen (§25 II pr. WG). Keinen Gemeingebrauch gab es an künstlich angelegten teichartigen Erweiterungen von Wasserläufen; ebenso verhielt es sich bei den Teilen eines Wasserlaufs, die in Hofräumen, Gärten oder Parks lagen und den Anliegern gehörten (§25 III pr. WG).

Für alle künstlichen Wasserläufe bestimmte der Oberpräsident, ob und in welchem Umfang Gemeingebrauch zulässig war (§25 VI pr. WG). Die Schranken im Umfang setzte der Gemeingebrauch an den natürlichen Wasserläufen der entsprechenden Ordnung.

An Talsperren und solchen Seen, aus denen nur natürliche Wasserläufe der 2. und 3. Ordnung abflossen, war der Gemeingebrauch grundsätzlich unzulässig und nur nach widerruflicher Bestimmung durch den Regierungspräsidenten im bisher üblichen Umfang gestattet (§25 III pr. WG). Der Regierungspräsident setzte gemäß §199 III pr. WG ebenfalls fest, ob und in welchem Umfang der an nicht zu den Wasserläufen gehörenden Seen bisher übliche Gemeingebrauch im Falle eines Bedürfnisses auch fernerhin zulässig war.

Die hier nicht zu erörternden Fragen der Eröffnung der Wasserläufe 1. Ordnung zur Schiffahrt waren in §§26 ff. pr. WG geregelt.

Insgesamt ergibt sich ein vor allem dem gemeinen Recht, aber auch dem ALR gegenüber außerordentlich geschrumpfter

---

sondern unbeschränkt;HKS I,Anm.C4) zu §25,S.207.

Kreis von Tätigkeiten.

Wenn auch die Diskussion über die Rechtsnatur des Gemeingebrauchs noch andauerte[1], so ging der Gesetzgeber des preußischen Wassergesetzes jedenfalls von der Verwurzelung im öffentlichen Recht aus. Das kann aus der Vorschrift des §36 pr. WG geschlossen werden, der sowohl den Wasserlaufeigentümer wie denjenigen, dem ein aufrechterhaltenes Recht auf Gewässerbenutzung zustand, verpflichtete, den Gemeingebrauch nicht unnötig zu erschweren oder grundlos unmöglich zu machen. Dieser Verpflichtung auf der einen Seite entsprach auf der anderen kein privatrechtlicher Anspruch; darin sind sich Literatur und Rechtsprechung zum pr. WG einig[2]. Auch auf dieser Grundlage gab es jedoch unterschiedliche Anschauungen: so wird der Gemeingebrauch bisweilen als ein öffentliches Recht der Allgemeinheit bezeichnet[3], bisweilen wird er als rein tatsächliche Benutzung angesehen[4].

Auch im preußischen Wassergesetz war der Gemeingebrauch den bereits bekannten Beschränkungen unterworfen: er umfaßte für die aufgezählten wasserwirtschaftlichen Benutzungen weder die Befugnis zur Errichtung irgendwelcher Anlagen noch zur Betretung fremder Ufergrundstücke (§38 pr. WG) und durfte durch seine Ausübung keinen anderen benachteiligen, gleichgültig in welchem Verhältnis dieser zum Gewässer stand (§25 I pr. WG)[5].

Seine Grenze fand der Gemeingebrauch an der gleichen Tätigkeit anderer, die er nicht unmöglich machen oder erheblich erschweren durfte[6]. Die Wasserpolizeibehörde konnte

---

1) Oben S.226 f.
2) HKS I, Anm.C zu §25,S.203f.; Born, Anm.zu §25,S.36 u. Anm.zu §36,S.43; Gruchot 26,714; 29,679; 38,1045; 56,1118.
3) Born, Anm.zu §25,S.36.
4) HKS I,Anm.C zu §25,S.204.
5) HKS I,Anm.C 11) zu §25,S.209f.
6) Wie im ALR (oben S. 187) war es auch unter dem pr.WG möglich, gemeingebräuchliche Tätigkeiten aufgrund besonderen Rechts (z.B.privatrechtlicher Vereinbarung)

den Gemeingebrauch regeln, beschränken oder verbieten (§39 pr. WG). Andererseits durfte der Gemeingebrauch aber auch von anderen Beteiligten nicht unnötig erschwert oder ohne erheblichen Grund unmöglich gemacht werden; auch darüber hatte die Wasserpolizeibehörde zu wachen (§36 pr. WG).

2) Der Gemeingebrauch im bayerischen Wassergesetz von 1907

Der materiellen Ausgestaltung des Gemeingebrauchs in Bayern war noch deutlich der Stempel der Regelungen des WBG eingeprägt[1]. Seine wasserwirtschaftlichen Benutzungsformen wurden in den Artt. 26-28 bay WG, die Schiff- und Floßfahrt in Artt. 29ff. bay WG behandelt. Wie in Preußen war der Gemeingebrauch nicht nur an Gewässern möglich, die im Eigentum des Staates standen, sondern auch an solchen, die Privatpersonen gehörten; seine Wahrnehmung unterlag polizeilicher Aufsicht.

Gemäß Art. 26 I bay. WG umfaßte der Gemeingebrauch an öffentlichen Gewässern wie Privatflüssen und Bächen unterschiedslos die Benutzung des Wassers durch Schöpfen mit Handgefäßen, zum Baden, Waschen, Tränken, Schwemmen, Befahren mit Kleinfahrzeugen ohne eigene Triebkraft und zur Eisbahn. Er befugte weder zur Betretung fremder Grundstükke (Art. 26 I bay WG), noch zur Benutzung von Anlagen (Art. 42 bay WG) und durfte nur so ausgeübt werden, daß dadurch der Gemeingebrauch anderer und die besonderen Rechte Dritter nicht gefährdet oder ausgeschlossen wurden (Art. 27 bay WG).

Streitig war, ob es neben den aufgeführten Formen noch weiteren Gemeingebrauch gab. Vor allem die ältere

---

auszuüben - unbeschränkt durch die Rücksicht vor Benachteiligungen anderer; HKS I,Anm.C zu §25,S.206.

1) Vgl. für das Folgende oben S.228 ff.

Literatur[1] vertrat die Ansicht, die Tätigkeiten seien in Art. 26 I bay WG abschließend genannt; begründet wird das teilweise damit, daß der Gemeingebrauch durch die "Hauptnutzungszwecke" am Gewässer begrenzt sei[2], teilweise damit, daß er eine gesetzliche Eigentumsbeschränkung darstelle[3]. Wenn sich dem ersten Argument auch entgegenhalten läßt, daß der Gemeingebrauch am gleichen Recht anderer ebenso seine Schranke findet (Art. 27 bay WG) und gegenüber der zweiten Meinung angeführt werden kann, daß die Beschränkung nur der Sozialbindung des Eigentümers entspricht, so ist doch der Auffassung von Riederer - Sieder[4], über den Art. 26 I bay WG hinaus gebe es noch weitere Formen des Gemeingebrauchs, in dieser Unbeschränktheit nicht zu folgen. Andere Benutzungen werden nur dann noch als Gemeingebrauch angesehen werden können, wenn sie nirgends sonst im Gesetz geregelt sind - z.B. die Einleitung unschädlicher Flüssigkeiten - und in ihrer Belastung für den Wasserlauf und Beschränkung für den Eigentümer die in Art. 26 I bay WG genannten Formen nicht übersteigen, denn es widerspricht dem Wesen des Gemeingebrauchs, auf Sachen, die kraft ihrer natürlichen Beschaffenheit öffentliche sind, in einer Weise einzuwirken, die ihnen diesen naturgegebenen Zustand ganz oder teilweise nimmt. Andernfalls bedarf es zur Ausübung der Gebrauchsformen einer solchen Rechtsgrundlage, wie sie Tätigkeiten, die in ihren Auswirkungen ähnlich sind, erfordern. Der Ansicht von Riederer - Sieder, dem Gemeinbrauch komme grundsätzlich primäre Bedeutung zu, kann daher nicht gefolgt werden.

Zum Rechtscharakter des Gemeingebrauchs hat sich als herrschend die Meinung, er sei öffentlich-rechtlich, durchgesetzt[5].

---

1) Brenner - Fergg, Anm.2b zu Art.26,S.98; Harster - Cassimir, Anm.2 zu Art.26,S.165; Eymann - Schubert II, Anm.1b zu Art.26,s.765.
2) Brenner - Fergg, Anm.2b zu Art.26,S.98.
3) Harster - Cassimir, Anm.2 zu Art.26,S.165.
4) RS, Randnr.45 zu Art.26,S.293.
5) RS, Randnr.27f. zu Art.26,S.290.

3) Der Gemeingebrauch im badischen Wassergesetz von 1899

Das badische Wassergesetz von 1899 eröffnete in §12 den Gemeingebrauch an den - zu den nicht öffentlichen Gewässern zählenden[1] - Wasserläufen. Als Tätigkeiten führte es auf: das Waschen, Baden, Tränken, Schwemmen und ähnliche Verrichtungen, das Fahren mit kleinen Fahrzeugen und das Schlittschuhlaufen, das Schöpfen für häusliche und wirtschaftliche Zwecke sowie Benutzungen zu einer das gemeinübliche Maß nicht überschreitenden Abführung unschädlicher Abwässer aus Haus- und Landwirtschaft sowie kleingewerblichen Betrieben. Das gleiche galt für die zu den geschlossenen Gewässern rechnenden Seen, Teiche und Weiher, wenn sie einen regelmäßigen oberirdischen Zu- oder Abfluß haben (§12 IV bad WG 1899).

An den öffentlichen Gewässern waren dieselben Benutzungsformen gemeingebräuchlich; das ist zwar nicht ausdrücklich vorgesehen, ergibt sich aber aufgrund eines Hinweises in §15 bad WG 1899, der diese Gewässer in den Dienst des öffentlichen Verkehrs und des sonstigen Gemeingebrauchs stellte.

Staatliche Aufsicht sowie Grenzen und Beschränkungen des Gebrauchs unterschieden sich nicht von dem bereits Bekannten.

Die Formulierung in §12 I bad WG 1899 weist die Aufzählung der Tätigkeiten als nur beispielhaft aus. Nach Ansicht der Literatur[2] war daher zwar eine Ausdehnung der Benutzungsformen zulässig, der Kreis der genannten Tätigkeiten selbst aber nicht erweiterungsfähig. So war also die Eisentnahme in Baden nicht mehr gemeingebräuchlich, der Durchtrieb von Vieh, eine dem Schwemmen ähnliche Verrichtung, dagegen gestattet. Diese Auffassung von der Qualifizierung weiterer Nutzungen als Gemeingebrauch

---

1) Oben S.351 f.
2) Schenkel 02, Anm.9 zu §12,S.221; Höhne, S.100f.

kommt der vom Verfasser für Bayern vertretenen Meinung nahe.

4) Der Gemeingebrauch im württembergischen Wassergesetz von 1900

Gemeingebrauch war gemäß Art. 1 II württ WG nur an den öffentlichen Gewässern zulässig, was jedoch angesichts deren großen Kreises keine Beschränkung auf eine geringere Gewässerzahl als in den anderen Ländern bedeutete. Die einzelnen Tätigkeiten zählte Art. 16 württ WG auf - den überall gleichen Kreis von "Standardnutzungen" wieder um einige Besonderheiten erweiternd: gemeingebräuchlich waren sowohl das Waschen, Baden, Tränken, Schwemmen und Schöpfen als auch das Einlegen von Flachs, Hanf und dergleichen, wie z.B. Gerberhäuten - nicht aber Holz[1] -; es gehörten weiter dazu die Viehtrift, Durch- und Nachenfahrt sowie die Benutzung zur Eisbahn. Zugelassen war auch die Einleitung von häuslichem und gewerblichem Abwasser sowie - ausdrücklich aufgeführt - von Grund- und Quellwasser (Art. 16 II württ WG); die Abführung war allerdings beschränkt auf kleine Mengen (Art. 25 württ WG) unschädlicher Flüssigkeiten außerhalb von Ortschaften (Art. 23 württ WG).

Zu den genannten Einleitungen war die Anlegung bleibender Vorrichtungen gestattet. Das ergibt sich durch Umkehrschluß aus Art. 16 I württ WG, wo die die dort genannten Benutzungen nur "ohne eine im Bett des Gewässers angebrachte bleibende Vorrichtung" zulässig waren. Die Formulierung ist indes nicht so zu verstehen, daß vorübergehende Einrichtungen erlaubt waren, sondern sie will besagen, daß eine Vorrichtung nur auf dem Ufergrundstück - nicht im Gewässerbett - errichtet werden durfte[2].

1) Haller, Anm.6,7 zu Art.16,S.54.
2) Haller, Anm.11 zu Art.16,S.55.

Die Beschränkungen des Gemeingebrauchs stimmten ansonsten mit denen in den anderen Ländern überein (Artt. 19, 20 württ. WG).

II: Die Benutzungsrechte der Eigentümer und Anlieger

Die Unterschiede in den Eigentumsverhältnissen zwischen den einzelnen Ländern wirkten auch auf die auf dieser Grundlage beruhenden Benutzungen ein. Das galt hinsichtlich des jeweils verschieden großen Kreises von Gewässern, an denen Eigentümernutzungen möglich waren; es hatte Folgen auch für den Katalog der Tätigkeiten selbst, die den natürlichen Gegebenheiten der Nutzungsobjekte entsprechen mußten, wenngleich hier die Differenzen nicht allzu weit gingen. Stärkere Abweichungen - vornehmlich historisch bedingt - traten in den Auffassungen über das Rechtssubjekt zutage, konkretisiert in einer gleichen oder verschiedenen Behandlung des Staates gegenüber anderen Gewässereigentümern.

Diese Tatsachen zwingen zu einer getrennten Betrachtung der einzelnen Gesetze.

1) Der Eigentümergebrauch im preußischen Wassergesetz von 1913

In Preußen waren sowohl die Wasserläufe wie die nicht zu ihnen gehörenden Gewässer privateigen und der Eigentümernutzung geöffnet. Die Systematik der Gebrauchsregelungen deckte sich bei beiden Gewässergruppen; sie bezog die staatliche Verleihung von Benutzungsbefugnissen in ihre Gestaltung mit ein und enthielt für die Wasserläufe besondere Vorschriften, die für jedermann ohne Ansehen seines Benutzungsrechts galten.

Ein Überblick wird das verdeutlichen.

a) Überblick über die Regelung der Gewässerbenutzungen

Der Eigentümergebrauch an den Wasserläufen war in den §§40 ff. pr. WG geregelt. Der Kreis der Tätigkeiten wurde von §40 pr. WG eingegrenzt und den in den §§19-23 und 41-45 pr. WG vorgesehenen Beschränkungen unterworfen. Wollte der Eigentümer den Wasserlauf über die Grenzen der §§41-45 pr. WG hinaus benutzen, bedurfte er dazu einer Verleihung nach §46 pr. WG.

Die Nutzungsrechte des Eigentümers an den nicht zu den Wasserläufen gehörenden Gewässern ergaben sich aus den §§ 196 ff. pr. WG. Die freie Verfügung war begrenzt durch einschränkende Vorschriften des Gesetzes - insbesondere denjenigen über Wasserläufe - und entgegenstehende Rechte Dritter. Letztere ergaben sich sowohl aus dem pr. WG selbst (§§197, 198) wie auch aus allgemeinen Gesetzen (§§906, 907, 909 BGB). Einengende Vorschriften des Wassergesetzes waren die §§199 bis 202; die ihm von diesen verwehrten Rechte konnte der Grundstückseigentümer gemäß §203 I pr. WG durch Verleihung erwerben. Einengende Vorschriften des Gesetzes waren außerdem auch die für die Wasserläufe sich aus den §§40 ff. pr. WG ergebenden Beschränkungen, also die der §§41-45 pr. WG - nicht aber noch die der §§19-23 pr. WG[1].

Die Verleihung war somit stets erforderlich für einen die gesetzlichen Benutzungsbefugnisse übersteigenden Umfang eines Gebrauchs. Das galt nicht nur für die Eigentümernutzungen, sondern auch für jede über den Gemeingebrauch hinausgehende Tätigkeit eines anders am Gewässer nicht Berechtigten.

---

1) Letzteres könnte allerdings aufgrund der allgemeinen Formulierung in §196 pr. WG angenommen werden und wird auch von Duffing, S.18 und Kniep, S.18 irrtümlich so gesehen. Bei den §§19-23 handelt es sich jedoch nicht um Nutzungsbeschränkungen, die durch den Erwerb einer Verleihung überwunden werden konnten; sie stehen daher außerhalb dieser Einengungen.

Die den Eigentümern zustehenden wie die verliehenen Gebrauchsrechte waren gemeinsam den Bestimmungen der §§19-23 pr. WG unterworfen.

Die privatrechtliche Grundlage des preußischen Wassergesetzes war durch die aufgezeigte Verwendung der Verleihung derart stark mit öffentlichem Recht verwoben, daß bisweilen von einer Zweispurigkeit des Gesetzes gesprochen wird[1].

b) Die Eigentümernutzung an den Wasserläufen

Aufgrund des in den §§40 ff. pr. WG geregelten Benutzungsrechts konnte der Eigentümer die zu den Wasserläufen zählenden Gewässer über den jedermann zustehenden Gemeingebrauch hinaus benutzen. Seine Berechtigung umfaßte auch die Errichtung der für die Ausübung erforderlichen Anlagen. Auch wenn er innerhalb des Rahmens des Gemeingebrauchs blieb, änderte das Eigentümerbenutzungsrecht seine Natur nicht; es wurde keine bloße Befugnis wie der Gemeingebrauch, sondern blieb ein Recht, das neben polizeilichem auch den privatrechtlichen Schutz nach §1004 BGB genoß und Anordnungen der Wasserpolizeibehörde nach §39 pr. WG[2] nicht unterlag[3].

Inhalt und Umfang der Nutzungen richteten sich nach §100 BGB[4], berechtigten den Eigentümer also - innerhalb der genannten Grenzen - zum Ziehen der "Früchte" und Genuß der Vorteile. Die Tätigkeiten sind in §40 II pr. WG aufgezählt, jedoch ist diese Aufzählung nicht erschöpfend und sollte es auch nicht sein; geregelt werden sollten nur die sich aus dem Wesen des Wasserlaufs ergebenden Benutzungsarten und -möglichkeiten[5]. Das geht vor allem aus dem im Gesetzestext vor die Aufzählung der Nutzungen gestellten Wort "insbesondere" hervor.

---

1) Burghartz, Gedanken, S.212; Duffing, S.16.
2) Oben S.364.
3) HKS I,Anm.1) zu §40,S.260.
4) Duffing, S.17.
5) Born, Anm.zu §40 I,S.45.

aa) Inhalt des Nutzungsrechts und Umfang der Tätigkeiten im einzelnen

Genannt werden in §40 II pr. WG die folgenden Benutzungsrechte:

"1. das Wasser zu gebrauchen und zu verbrauchen, namentlich es auch oberirdisch oder unterirdisch, unmittelbar oder mittelbar abzuleiten;

2. Wasser oder andere flüssige Stoffe oberirdisch oder unterirdisch, unmittelbar oder mittelbar einzuleiten;

3. den Wasserspiegel zu senken oder zu heben, namentlich durch Hemmung des Wasserablaufs eine dauernde Ansammlung von Wasser herbeizuführen".

Die Begriffe des Gebrauchs und Verbrauchs des Wassers waren zuvor, was die Form der Ausübung anbelangt, im weitesten Sinne auszulegen, bezogen sich aber nur auf die Benutzung der Substanz des Wassers selbst[1]. Die Verwendung der Wasserfläche als eines Grundstücks, z.B. zur Lagerung von Holz oder zum Halten einer Brücke oder eines Bootsschuppens sowie als Verkehrsträger fiel nicht hierunter. Ebenso waren Baden und Eisentnahme keine Einwirkungen auf die Substanz des Wassers, wohl aber das Hanf- und Flachsröten und die Viehtränke.

Das Recht auf die Benutzung gab dem Eigentümer nur den Anspruch auf den Gebrauch der gerade in seinem Eigentum befindlichen Wassersäule. Es umfaßte daher kein Recht auf einen bestimmten Zufluß, das durch Widerspruch gegenüber Ableitungen seitens des Oberliegers ausgeübt werden konnte. Auch die Tatsache, daß der Zufluß in der Regel Voraussetzung für den Ge- oder Verbrauch des Wassers ist, bewirkte nicht, daß er noch mit zu dem Begriff der Nutzung der Substanz der Flüssigkeit gehörend angesehen wurde. Das in Ziff. 3 genannte Staurecht beinhaltete

---

1) HKS I,Anm.5) zu §40,S.261; Born, Anm.zu §40 II,S.46.

ebenfalls keinen Anspruch auf eine bestimmte Zuflußmenge, sondern beschränkte sich auf die Befugnis, das Wasser in dem gerade zur Verfügung stehenden Dargebot in seinem Ablauf zu hemmen[1]. Nur aufgrund eines besonderen Titels konnte ein Recht zur ausschließlichen Benutzung des ganzen Wassers oder eines bestimmten Teiles davon zustehen[2].

Bei den in §40 II pr. WG beschriebenen Tätigkeiten fällt der Begriff der mittelbaren Ableitung auf. Verstanden wurde darunter die Entnahme von Wasser, das zu einem Wasserlauf gehört, sich augenblicklich aber nicht in diesem befindet. Als Beispiel oberirdischer mittelbarer Ableitung wird in der Literatur[3] das Entnehmen von Wasser aus einem Teich angeführt, der durch einen Graben mit einem Wasserlauf verbunden ist und von diesem gespeist wird. Unterirdisch kann eine solche Ableitung durch Zutagefördern von Grundwasser geschehen, das als Strom neben einem Wasserlauf und mit diesem in ständigem Austausch stehend daherfließt. Derartige mittelbare Ableitungen aus einem Wasserlauf sind in Preußen durch eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 7.3.1906 der unmittelbaren Entnahme gleichgeachtet und den diesbezüglichen Vorschriften des Privatflußgesetzes unterstellt worden[4][5]. Die mittelbare Ableitung als eigenständige Nutzungsmöglichkeit des Gewässers hatte praktische Bedeutung für die Verleihung von Benutzungsrechten; je nachdem, ob die Förderung von Grundwasser als mittelbare Ableitung eines Wasserlaufs oder als Gebrauch des zu den Gewässern der §§196 ff. pr. WG gehörenden Grundwassers angesehen wurde, konnte das Widerspruchsrecht der Wasserpolizeibehörde nach §49 IV pr. WG ausgeübt werden oder nicht[6]. Den anderen deutschen

---

1) HKS I,Anm.5) zu §40,S.261f.; Born, Anm.zu §40 II,S.46.
2) HKS I,Anm.7) zu §41,S.275; Anm.12) zu §50,S.356f.
3) HKS I,Anm.5) zu §40,S.262; Born, Anm.zu §40 I,S.46.
4) HKS I,Anm.5) zu §40,S.263.
5) Oben S.252.
6) Einzelheiten für die Abgrenzung der Nutzungsarten bei HKS I,Anm.5) zu §40,S.262.

Wassergesetzen war eine derartige Unterscheidung fremd; sie kannten den Begriff der mittelbaren Ableitung nicht und stellten allein auf das äußere Erscheinugsbild der Nutzung ab.

Andernorts ebenfalls unbekannt war der sich aus der Formulierung in §40 II Ziff. 2 pr. WG ergebende Begriff der mittelbaren Einleitung. Für ihn gilt das zur Ableitung Gesagte entsprechend. Die praktische Bedeutung lag hier vor allem bei dem in §41 I Ziff. 1 pr. WG ausgesprochenen Verbot der Verunreinigung des Wasserlaufs. Gegen diese Vorschrift wurde nicht nur verstoßen, wenn neben dem Wasserlauf auch das Gewässer, in das zunächst unmittelbar eingeleitet wurde, der Verunreinigung unterlag, sondern auch dann, wenn dieses Gewässer die qualitative Belastung noch verkraftete, der Wasserlauf aber, der bereits einen gewissen Grad von Verschmutzung aufwies, durch deren Zusammentreffen mit der mittelbaren Einleitung verunreinigt wurde. Da ein Recht auf Wasserzufluß nicht bestand, mußte jegliche Einleitung in der Menge ihrer Schadstoffe dem augenblicklichen Wasserdargebot angepaßt werden.

Bei dem Recht auf Hebung und Senkung des Wasserstandes war der Zweck der Maßnahme unerheblich. Die Veränderung des Wasserlaufs konnte auch bloße Folge - oder Begleiterscheinung einer Vertiefung des Bettes sein[1], z.B. durch Entnahme von Pflanzen, Sand, Kies oder anderen Stoffen[2]. Weder die Berechtigung zur Veränderung des Wasserspiegels noch die zum Stauen des Wasserlaufs beinhalteten ein Recht auf Ge- oder Verbrauch des Wassers selbst. Im Zusammenhang mit dem Staurecht ist zu unterscheiden, ob im Falle, daß mehrere Triebwerksbesitzer, die eine einzige Wasserspannung ausnutzten, alle stauberechtigt waren, oder ob das nur für einen von ihnen

---

1) HKS I,Anm.8) zu §40,S.265; ZAGr 4,52.
2) HKS I,Anm.19) zu §19,S.161.

(oder einen Dritten) zutraf, mit dem die anderen durch Rechtsgeschäft die Erhaltung des Staues und seine Ausnutzung vereinbart hatten: im letzten Fall bestehen Beziehungen nur zwischen den Beteiligten, ein Recht am Wasserlauf haben die Triebwerksbesitzer jedoch nicht[1].

bb) Die allgemeinen Vorschriften der §§19 bis 23 pr.WG

Diesen Bestimmungen waren die kraft Eigentums wie die aufgrund einer Verleihung zustehenden Benutzungsrechte an Wasserläufen unterworfen. Wenn auch die Gestaltung im einzelnen etwas anders aussah, so waren doch Gegenstand der Vorschriften vor allem diejenigen Tätigkeiten am Gewässer, die bereits im Privatflußgesetz und zum Teil auch im bayerischen WBG von 1852 einer polizeilichen Genehmigung bedurften. Ein verfahrensrechtlicher Nachbarschutz war hier wie dort mit diesen Akten nicht verbunden. Gegenüber den früheren Gesetzen wurde der Kreis der solcher Aufsicht unterliegenden Tätigkeiten zum Teil wesentlich erweitert; es zeigt sich darin die gestiegene Belastung der Gewässer und die vermehrte Sorge um ihren Schutz.

aaa) Der Gegenstand der Bestimmungen im einzelnen

Die §§19, 20 pr. WG zählen Kreise von Tätigkeiten auf, die in der Regel grundsätzlich verboten waren.

Durch §19 I pr. WG wurde es untersagt, Erde, Sand, Schlakken, Steine, Holz, feste und schlammige Stoffe sowie tote Tiere in einen Wasserlauf einzubringen oder derart an ihm zu lagern, daß die Gefahr des Hineinschwemmens bestand. Ausnahmen von diesem Verbot konnte die Wasserpolizeibehörde[2] im Einzelfall oder auch allgemein zulassen. Die jederzeit wieder einschränkbare oder ganz widerrufliche Entscheidung stand im Ermessen der Behörde; ein Anspruch auf Erteilung war nicht gegeben[3]. Richtlinie für die

---

1) Einzelheiten bei HKS I, Anm.8) zu §40,S.265.
2) Zur Wasserpolizeibehörde an den Reichswasserstraßen siehe HKS I,Vorbem.IV 3),S.12.
3) HKS I,Anm.9) zu §19,S.156.

Zulassung war die Erwartung nachteiliger Veränderungen der Vorflut oder schädlicher Verunreinigung des Wassers. Vorbeugung vor Verunreinigung sowie Verhütung von Hochwassergefahr war der Zweck nicht nur des §19 pr. WG[1], der die Aufgabe des §4 Privatflußgesetz in präziserer und wegen des größeren Geltungsbereiches auch umfassenderer Form fortführte[2], sondern auch der anderen die Genehmigungspflicht statuierenden Vorschriften.

Der §19 II pr. WG befugte die Wasserpolizeibehörde, das Einstreuen von Fischnahrung und das Hineingeben von Dünger in künstliche teichartige Erweiterungen von Wasserläufen, die der Fischhaltung oder -zucht dienten, zu verbieten, falls durch diese Tätigkeiten das Wasser zum Nachteil anderer verunreinigt wurde. Die Formulierung der Vorschrift ergibt, daß diese Tätigkeiten - im Gegensatz zu denen des §19 I pr. WG - grundsätzlich zugelassen waren.

Grundsätzlich zugelassen war ebenso die in §19 III pr. WG genannte Entnahme von Pflanzen, Schlamm, Erde, Sand, Kies und Steinen aus dem Wasserlauf[3]. Dieser Gebrauch des Gewässerbettes konnte aber, wenn es das öffentliche Interesse erforderte, durch Anordnung der Wasserpolizeibehörde geregelt oder beschränkt werden. Der Begriff des "öffentlichen Interesses" ist nicht gleichzusetzen mit dem an anderen Stellen vom pr. WG gebrauchten Ausdruck des "öffentlichen Wohles". Dessen Bedeutungsfeld ist enger als das des ersten Begriffes. Zwar meinen Holtz - Kreutz - Schlegelberger[4], eine allgemeine Formel zur Bestimmung der Abgrenzung lasse sich nicht geben, es komme auf den praktischen Einzelfall an, mit Born[5] kann jedoch zumin-

---

1) HKS I,Anm.1) zu §19,S.152; Born, Anm.zu §19 I,II,S.28.
2) Das WBG kannte eine entsprechende Bestimmung nicht; vgl. oben S.249, 252 f.
3) Der Eigentümer war hierzu aufgrund von §40 II Ziff.3 berechtigt; vgl. oben S.371, 373.
4) HKS I,Anm.20) zu §19,S.162.
5) Born, Anm.zu §19 III,S.28.

dest gesagt werden, daß der zweite Ausdruck nur das Gemeinwohl im Auge hat, während der erste jedes berechtigte Interesse der Allgemeinheit betrifft. Ob es sich bei den Ausdrücken um Ermessensbegriffe handelt oder der Behörde ein Beurteilungsspielraum gegeben ist, wird zur Untersuchungszeit noch nicht erörtert[1]. In den vorangegangenen Gesetzen findet sich ein Ansatz zu einer entsprechenden Regelung in Art. 46 I WBG, während das Privatflußgesetz keine Einschränkungen enthielt[2].

Ähnlicher waren sich diese beiden Gesetze, was die Benutzung des Wassers zum Röten von Flachs und Hanf betraf[3]; sie sahen die Zulässigkeit dieser Tätigkeiten - wenn auch unter besonderen Anforderungen - als Regel an. Dagegen wird durch §20 pr.WG die inzwischen allgemein gestiegene Belastung der Wasserqualität und die Sorge um ihren Schutz sichtbar: diese Vorschrift verbot das Röten von Hanf und Flachs in einem Wasserlauf. Nur unter bestimmten Bedingungen sah sie eine widerrufliche Zulassung vor. Zwar war nur die Tätigkeit im Wasserlauf selbst, nicht dagegen in besonderen Becken neben ihm untersagt[4], eine Lücke im Schutz der Gewässer bestand aber nicht, da ein Ablassen des Rötewassers eine mittelbare Einleitung war und deren Beschränkungen unterlag.

Die §§22, 23 pr. WG enthalten - wie die §§19, 20 pr. WG - Schutzvorschriften zur Sicherung der Vorflut eines Wasserlaufs und zu seiner Bewahrung vor Verunreinigung. Sie erfassen aber Tätigkeiten, die nach den früheren Gesetzen an den meisten Gewässern der entsprechenden Erfordernisse noch nicht bedurften.

Der §22 I pr. WG sah die Pflicht einer Genehmigung durch

---

1) Über die heutige Ansicht dazu und zum Inhalt der Begriffe siehe Salzwedel, Beurteilungsspielraum, in RWW 1967, 35(48ff.) u.Külz, Festschrift für Gieseke, S.187 ff.
2) Oben S.253.
3) Oben S.249 f.
4) Das ergibt sich aus §20 II pr. WG.

die Wasserpolizeibehörde vor für Errichtung und wesentliche Veränderung von Anlagen in allen Wasserläufen 1. und 2. Ordnung und - nach Bestimmung durch Polizeiverordnung - auch an natürlichen Wasserläufen 3. Ordnung. Ausgenommen waren davon nur Anlagen, die aufgrund eines gesetzlich geordneten Verfahrens oder zur Erfüllung der gesetzlichen Unterhaltungspflicht ausgeführt wurden. Gesetzlich geordnete Verfahren waren nicht nur die vom preußischen Wassergesetz selbst vorgesehenen (wie Verleihung, §§46 ff. pr. WG; Sicherstellung, §86 pr. WG; Ausgleichung, §§87 ff. pr. WG; Errichtung, Umbau oder Sicherung von Stauanlagen, §§97, 98, 110 pr. WG), sondern auch in neben ihm geltenden Gesetzen angeordnete Verfahren (wie z.B. §§16 ff. Gew. O.)[1].

Unter Anlagen im Sinne des §22 pr. WG waren jegliche Bauwerke ohne Rücksicht auf Umfang oder wirtschaftliche Bedeutung zu verstehen. Sie mußten sich im Wasserlauf befinden. Diese Ortsangabe umfaßte nach herrschender Ansicht in Literatur und Rechtsprechung[2] nicht nur Einrichtungen im Bett und fließenden Wasser unterhalb der Uferlinie, sondern bezog auch den Erdkörper unter dem Bett und den Luftraum über dem Wasserspiegel mit ein, sodaß nicht nur Badeanstalten oder Stauanlagen, sondern auch Düker, Rohr- oder Kabelleitungen und Krane dazu gehörten. Die Veränderung einer Anlage war dann wesentlich im Sinne der Vorschrift, wenn sie dazu geeignet war, Verhältnisse nachteilig zu beeinflussen, die bei der Genehmigung der Einrichtung zu berücksichtigen waren, also z.B. die Sicherung von Wasserablauf und -reinheit sowie die des öffentlichen Verkehrs[3].

Die Erteilung der Genehmigung des §22 I pr. WG stand im

---

1) HKS I,Anm.7) zu §22,S.180f.
2) HKS I,Anm.3) zu §22,S.175; Born, Anm.zu §22 I,S.31; RGZ 53,99; 92,46; 94,35; a. A. Lenhard - Reichau I, Anm.2) zu §22,S.81.
3) HKS I,Anm.1) zu §22,S.174.

Ermessen der Behörde; ein Anspruch darauf war niemandem gegeben, sodaß beispielsweise bei Versagung der Genehmigung ein Eigentümer, auch innerhalb seiner Berechtigung nach §40 II pr. WG, eine für seine Nutzung erforderliche Anlage nicht errichten konnte. Die Versagung zu umgehen durch die Verleihung eines Rechts, das die Herstellung der Einrichtung umfaßte, war ihm infolge von §46 II pr. WG nicht möglich, da ihm als Eigentümer das betreffende Benutzungsrecht bereits kraft Gesetzes zustand.

In früheren Gesetzen war eine dem Sinn des §22 pr. WG entsprechende Vorschrift in ALR II 15 §62 für schiffbare Ströme und schiffbar gemachte Privatflüsse enthalten, während an den anderen Privatflüssen infolge von §§1, 13 Privatflußgesetz in der Regel alle Anlagen, sogar Stauwerke, polizeilicher Aufsicht nicht zugänglich waren[1]. Lediglich der das Wiesenbrechen betreffende §5 Privatflußgesetz ist noch mit §22 I pr. WG vergleichbar[2].

Der §22 II pr. WG enthielt den Absatz I entsprechende Vorschriften für Anlagen innerhalb des Hochwasserquerschnittes der Wasserläufe.Die Erteilung der Genehmigung war hier allerdings keine Ermessensentscheidung[3].

Eine Anzeigepflicht enthielt §23 pr. WG. Sie bestand gemäß Absatz I für die Einleitung von Wasser oder anderen flüssigen Stoffen in jeglichen Wasserlauf, wenn die Tätigkeit den Gemeingebrauch überschritt. Aus diesem Rahmen ergab sich nicht nur der zur Anzeige verpflichtende Umfang der Nutzung, sondern auch der sachliche Geltungsbereich des §23 pr. WG. An Gewässern, die nicht dem Gemeingebrauch dienten, war demgemäß jedwede Einleitung anzeigepflichtig. Sinn dieser Verpflichtung war es, möglichen zukünftigen Schädigungen vorzubeugen. Daher durfte die Benutzung erst nach Mitteilung ihrer Unbedenklichkeit

---

1) Oben S.184, 240 f., 252 f.
2) Oben S.250.
3) HKS I,Anm.13) zu §22,S.181.

durch die Behörde wahrgenommen werden. Der Bescheid gab weder gegenüber dem Staat noch gegenüber den Nachbarn einen Anspruch auf Duldung der Einleitung[1], sodaß bei tatsächlich eintretendem Schaden der Behörde ein Einschreiten nach §21 pr. WG oder aufgrund ihrer allgemeinen polizeilichen Befugnisse (§352 pr. WG) möglich war. Die angezeigte beabsichtigte Einleitung mußte gemäß §23 I pr. WG untersagt werden, falls ihr gesundheits- oder sicherheitspolizeiliche Rücksichten, der Schutz des Gemeingebrauchs, das Vorflut- und Unterhaltungsinteresse sowie die Beschränkungen des §41 pr. WG entgegenstanden. Wie bei §22 I pr. WG konnte der Untersagung auch hier infolge von §46 II pr. WG nicht durch Erwerb einer Verleihung begegnet werden; der §23 IV pr. WG, demgemäß Absatz I nicht angewendet werden durfte, wenn das Einleitungsrecht verliehen worden war, galt nicht für den Eigentümer innerhalb seines gesetzlichen Nutzungsrechts. Anders im Falle eines älteren, aufrechterhaltenen Einleitungsrechts, sowie dann, wenn die Einleitung von einer zuständigen Polizeibehörde zugelassen oder nach §§16 bis 25 Gew. O. gestattet worden war (§23 IV pr. WG).

Aus dem Rahmen dieser präventive Maßnahmen enthaltenden Vorschriften fällt §21 pr. WG, in dem behördliche Aufsichtsbefugnisse statuiert wurden. Ihr Umfang war gegenüber bisheriger preußischer Regelung wesentlich erweitert, entsprach nun dem das öffentliche Interesse betonenden WBG[2], verfolgte aber ein anderes Ziel.

Gemäß §21 pr. WG war die Wasserpolizeibehörde zur Beschränkung oder Untersagung einer Benutzung befugt, soweit zu dieser nicht ein Recht bestand oder sie nach den Vorschriften über den Gemeingebrauch[3] gestattet war.

---

1) HKS I, Vorbem. zu §23, S.183.
2) Oben S.256 f., 266 f., 272.
3) Der Widerspruch zwischen §21 pr.WG und §39 pr.WG beruht auf einem redaktionellen Versehen; für den Gemeingebrauch ist die weitergehende Bestimmung des §39 pr.WG als Sondervorschrift maßgebend; HKS I, Anm.B 4) zu §21, S.171.

Zweck dieser Bestimmung war der Schutz privater Interessen am Wasserlauf vor Beeinträchtigungen durch eine ihre Berechtigung übersteigende Nutzung eines anderen. Die Vorschrift stellte eine Durchbrechung des bisher geübten Verfahrens bei der Sicherung der Nachbarrechte dar[1], demgemäß der Schutz der Privatrechte der einzelnen Gewässerbenutzer, also die Abwehr von Überschreitungen der für die einzelnen Rechtsgrundlagen bestehenden Beschränkungen durch einen Nachbarn, den Gerichten anvertraut war, während die Ordnungsbehörden nur bei Verletzung öffentlicher Interessen tätig wurden. Diese Trennung galt nicht nur für die früheren preußischen, sondern auch für alle anderen Wasserrechte[2]. Zwar waren die Grenzen des den Wasserlaufeigentümern gewährten Benutzungsrechts in den §§41-45 pr.WG auch im öffentlichen Interesse aufgestellt[3], für das polizeiliche Einschreiten aufgrund von §21 pr. WG war eine Verletzung dieser Interessen jedoch nicht erforderlich; es genügte die Beeinträchtigung der privaten Rechte eines Benutzers. Eine Verpflichtung zum Einschreiten bestand für die Behörde allerdings nicht; entsprechend war auch kein Anspruch des Benachteiligten gegeben. Rechtfertigen läßt sich der §21 pr. WG mit der Begründung, daß die Regelung der Benutzung der Wasserläufe im Sinne einer harmonischen Ordnung auch im öffentlichen Interesse geschehen ist, sodaß eine Verletzung dieser Ordnung stets die Allgemeinheit trifft[4]. Da der schon bisher den Gewässerbenutzern zum Schutz ihrer Privatrechte gegebene Weg zu den ordentlichen Gerichten auch weiter bestand, liegt hier einer der Ansätze zu der heutigen "Zweispurigkeit", infolge der der Störer sich sowohl einem Vorgehen seitens des Nachbarn als auch einem Einschreiten der Behörde gegenübersieht.

---

1) Oben S.270.
2) Vgl. im einzelnen oben S.271 ff.
3) HKS I,Anm. A zu §21,S.165.
4) Ähnlich auch Born, Anm. zu §21,S.29.

bbb) Die Rechtsnatur der Genehmigung im Vergleich zur Gebrauchserlaubnis

Wie bereits angedeutet[1] war das preußische Wassergesetz nach Ansicht des Verfassers von dem System der Dreiteilung der Benutzungsgrundlagen in Gemeingebrauch, Gebrauchserlaubnis und Verleihung weder praktisch noch rechtlich so weit entfernt, wie es angesichts der Nichtverwendung der Gebrauchserlaubnis zunächst erscheint.

Diese Meinung für den hier untersuchten Zeitraum aufzustellen wird durch die Tatsache angeregt, daß es sich bei den Benutzungen in den §§19, 20 pr.WG um solche Tätigkeiten handelte, für deren Ausübung sich in anderen Gesetzen bereits das Institut der Gebrauchserlaubnis herausgebildet hatte[2]. Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, daß im Gegensatz zu den anderen Ländern für die Benutzungen in §§19, 20 pr.WG das Eigentum, bzw. zum Teil die Verleihung die Rechtsgrundlage bildete. Allerdings wird auch bei den die Gebrauchserlaubnis bejahenden Gesetzen diese von der Literatur nicht immer als Grundlage der Nutzung angesehen. Vielmehr diente sie zur Gewährleistung der Einhaltung der Schranken, die aus Gründen des Interesses der Allgemeinheit an den öffentlichen Sachen bestanden[3]. Offenbar in diesem Sinne bezeichnet daher Höhne[4] auch den §22 pr.WG als Gebrauchserlaubnis. Bei der genannten Auffassung ist ihm dabei zwar für die §§19, 20 pr.WG zuzustimmen, nicht jedoch für §22 pr.WG, denn die in diesem behandelte Einrichtung, bzw. Veränderung baulicher Anlagen stellt keine Benutzung des Wasserlaufs dar. Der §22 pr.WG gehört deshalb eher neben §16 Gew.O., nicht aber zu den §§19, 20 pr.WG. Diese beiden Vorschriften aber kommen der Gebrauchserlaubnis, auch wenn in ihr

1) Oben S.360.
2) Vgl. beispielsweise: Artt. 17, 18 württ WG; §56 II braunschweigisches WG; Art. 26 II bay WG und mit Einschränkungen (unten S.416 ff.) Artt. 37, 38 bay WG.
3) RS, Anm. 7) zu Art. 37, S.343.
4) Höhne, S.107.

über die Gewährleistungsfunktion hinaus noch die Benutzungsgrundlage erblickt wird, zumindest im praktischen Ergebnis sehr nahe. Dies deshalb, weil, wie gezeigt, der Eigentümer sein ihm aufgrund §40 II pr.WG gegebenes Nutzungsrecht ohne die Genehmigung der §§19, 20 pr.WG praktisch nicht wahrnehmen konnte; da die beiden Vorschriften Tätigkeiten aufzählten, mit denen der Wasserlauf als naturgegebener Abfallbeseitiger beansprucht wurde, dürfen ihre Nutzungen als Gebrauch im Sinne von §40 II Ziff. 1 pr.WG angesehen werden.

Dafür, daß die §§19, 20 pr.WG auch in rechtlicher Hinsicht der Gebrauchserlaubnis, wie sie heute definiert wird, nahe stehen, sprechen die Rechtsnatur der Genehmigung und der Gebrauchserlaubnis. Die Genehmigung des preußischen Wassergesetzes wird von der Literatur[1] beschrieben als Befreiung von einem im polizeilichen Interesse erlassenen allgemeinen Verbot, durch das bestimmte Handlungen wegen ihrer Gefährdung schützenswerter Interessen untersagt sind. Zweck des Verbotes ist die Schaffung der Möglichkeit zur präventiven Prüfung der einzelnen Nutzungen. Zur Gebrauchserlaubnis wird heute von der Literatur[2] vorgetragen, sie gehöre zu den Sondernutzungen und werde vom Herrn der öffentlichen Sache (Wasserpolizei) für Tätigkeiten, die zwar den Gemeingebrauch, nicht aber die Zweckbestimmung der Sache überschreiten, nach pflichtgemäßem Ermessen erteilt, wenn keine polizeilichen Interessen entgegenstehen. Auch in nachbarrechtlicher Hinsicht entsprechen sich die beiden Institute. Die Genehmigung wurde erteilt vorbehaltlich privater Rechte Dritter; sie regelte also nur das Verhältnis des Interessenten zur Polizei. Demzufolge stand einem Dritten auch keine Befugnis zu, im Verwaltungsstreitverfahren gegen die Genehmigung anzugehen[3]. Ebenso verhält es sich bei der Gebrauchs-

1) HKS II, Anm. 2) zu § 379, S.575.
2) Forsthoff, 395 ff.
3) HKS II, Anm. 2) zu § 379, S.575.

erlaubnis: sie bezieht sich nur auf die öffentlich-rechtliche Zulässigkeit der Nutzung, schützt also den Befugnisinhaber vor Störungen wie vor Ansprüchen Dritter, die durch die Wirkungen seiner Tätigkeiten benachteiligt werden[1].

cc) Die besonderen Beschränkungen des Eigentümernutzungsrechts in §§ 41 bis 45 pr.WG

In den §§41, 43 und 44 stellte das pr.WG für die auf dem Eigentum beruhenden Nutzungen die gleichen "Standardbeschränkungen" auf, die für diese Rechtsgrundlage von allen Gesetzen des vorangegangenen Untersuchungszeitraumes genannt worden waren[2] und auch bereits zum Inhalt noch früherer Normierungen gehört hatten[3]. Es handelte sich um das Verbot von Rückstau und Überschwemmung und das Gebot der Rückführung abgeleiteten Wassers. Einige früher erst durch Lehre und Rechtsprechung geklärte Zweifelsfälle des Privatflußgesetzes[4] schloß das - modernere - preußische Wassergesetz bereits durch exaktere Formulierung aus. Der §42 pr.WG gewährte älteren Triebwerken, die ohne tituliertes Zuflußrecht bestanden, Schutz vor Wasserentziehung und führte die Rechtslage der §§16, 17 Privatflußgesetz[5] und von ALR II 15 §246[6] fort. Der §45 pr.WG enthielt Entschädigungsvorschriften.

aaa) Der allgemeine materielle nachbarrechtliche Gehalt der Beschränkungen

Während dem aufgrund des Gemeingebrauchs Tätigen jegliche Benachteiligung eines anderen Gewässerbenutzers verwehrt wurde[7], waren die den Eigentümer bei seiner Nutzung treffenden Grenzen abschließend aufgezählt. Sie

---

1) Gieseke - Wiedemann, Randnr. 2 zu §7, S.112.
2) Oben S.237, 258, 261, 285, 289.
3) Oben S.156 f.
4) Oben S.258 F., 261 f.
5) Oben S.265 f.
6) Oben S.162 und 201.
7) §25 I Satz 1 pr.WG; oben S.363.

ergaben sich nicht nur aus den wasserrechtlichen Spezialgesetzen, sondern auch aus allgemeinen, das private Eigentum betreffenden Normen. Reichseinheitlich galt das BGB, dessen in §§906 ff. gezogene Schranken auch der Gewässereigentümer nicht überschreiten durfte. Die besonderen wasserrechtlichen Einengungen enthielt vor allem der §41 pr.WG.

Trotz dieser und der weiteren den Eigentümer treffenden Beschränkungen sowie der genannten Genehmigungserfordernisse, die der Wahrnehmung seiner Nutzungen - insbesondere bei Anlagen - vorgeschaltet waren, war sein Recht durchaus nicht nur noch formaler Natur - wie sich das für die heutige Rechtslage behaupten läßt -, sondern es vermochte dem Eigentümer bedeutende wirtschaftliche Vorteile zu bringen, da die Beschränkungen immer in Relation zur Größe des Flusses und seiner Wassermenge gesetzt werden müssen. Relativ waren die Einengungen auch noch deshalb, weil die Lage des Einzelnen am Wasserlauf rechtlich nicht berücksichtigt wurde, sodaß der Oberlieger eine bevorzugte Stellung vor dem Unterlieger innehatte. Das bedeutete zum Beispiel, daß bei Einleitungen von Abwässern - von mehreren Eigentümern wahrgenommen -, die für sich allein unschädlich waren, durch ihr Zusammenwirken aber eine Verunreinigung hervorriefen, sich nicht alle Benutzer gleichmäßig einzuschränken hatten, sondern diese Pflicht nur den letzten traf[1]. Die Vorrangstellung gewährte dem Oberlieger aber nicht das Recht, durch seine Nutzung den Wasserlauf völlig zum Erliegen zu bringen, da dadurch dem Eigentum des Unterliegers seine wichtigste Substanz, das Nutzungsrecht selbst, entzogen würde[2].

Der §41 pr.WG schützte andere am Gewässer Beteiligte auf den Gebieten der Vorflut, Reinhaltung und des Wasserstan-

---

1) HKS I,Anm.C zu §41,S.269; Lenhard - Reichau I,Anm.II 4a zu §41,S.134f.
2) Lenhard - Reichau I,Anm.II 4a zu §41,S.135.

des sowie des Grundwassers und der Unterhaltung.

Durch die Eigentümernutzung durfte zum Nachteil anderer weder die Vorflut verändert noch das Wasser verunreinigt werden (§41 I Ziff. 1 pr.WG). Als Nachteil wurde jede Störung tatsächlicher Art angesehen[1], sofern sie nicht bloß geringfügig war (§41 II pr.WG). Die Beeinträchtigung eines Rechts war nicht erforderlich. Geschützt war daher auch der Gemeingebrauch - allerdings nur im Rahmen des §36 pr.WG[2]; die Benachteiligung einer zum Gemeingebrauch gehörenden Tätigkeit war aber dann unzulässig, wenn ein Eigentümer diese Tätigkeit wahrnahm[3].

Verwehrt war die Nachteilszufügung nur, wenn sie durch Veränderung der Vorflut oder Wasserverunreinigung verursacht wurde.

Als Mittel zur Verunreinigung kamen im Rahmen von §41 pr.WG nur Wasser und flüssige Stoffe in Betracht. Da das Einbringen fester und schlammiger Materialien bereits durch §19 pr.WG verboten wurde, war bei einer auf diese Weise verursachten Qualitätsverschlechterung der Nachbar auch schon bei geringfügigen Nachteilen geschützt. Die durch §41 pr.WG gewährte Absicherung vor Störungen war unabhängig davon, ob dem Eigentümer die Einleitung nach §23 pr.WG gestattet worden war. Dadurch, daß der Maßstab für eine unerlaubte Qualitätsminderung des Wassers nunmehr vom Gefährdeten selbst gesetzt wurde, war eine grundlegende Änderung gegenüber der Praxis früherer Zeiten eingetreten[4].

Für die Vorflut haben Rechtsprechung und Literatur[5] als Begriffsbestimmung herausgearbeitet, "daß sie als die

---

1) HKS I,Anm.2) zu §41,S.271; Lenhard - Reichau I,Anm. II 1 zu §41,S.133.
2) Oben S.363.
3) Oben S.370.
4) Oben S.157, 256 ff.
5) Pr.OVG 4,270(272); PVBl 25,253; HKS I,Anm.3) zu §41, S.271; Lenhard - Reichau I,Anm.II 2 zu §41,S.133; Born, Anm.zu §41 I,S.48.

Möglichkeit des ungehinderten Abflusses desjenigen Wassers im Wasserlauf zu verstehen sei, das diesem nach den natürlichen Bodenverhältnissen gewöhnlich zufließt, soweit er es bei normalem Zustand von Bett und Ufer aufnehmen kann, wobei als der normale Zustand derjenige gilt, in dem sich der Wasserlauf zu der Zeit, in der darüber zu entscheiden ist, tatsächlich seit längerer Zeit befindet". Eine Veränderung der Vorflut setzt in der Regel eine Hebung des Wasserspiegels voraus, die durch Erhöhung der Sohle, Stau oder Einleitung geschehen kann. Werden von der ersten Möglichkeit Ober- wie Unterlieger berührt, so kann ein Stau - auch bei vollständiger Wasserrückhaltung - begrifflich nie den Unter-, sondern nur den Oberlieger treffen. Umgekehrt verhält es sich, falls kein Rückstau eintritt, bei der Einleitung. Der §41 I Ziff. 1 pr.WG verbot somit zwar zugleich den Rückstau, jedoch nur, falls er anderen von Nachteil war, und entsprach damit der vor Erlaß von Privatflußgesetz und WBG her bekannten Rechtslage[1]. Auf das im vorangegangenen Untersuchungszeitraum statuierte Maß[2] erweitert wurde das Verbot des Rückstaus durch §43 II pr.WG, der den Eigentümer zu dieser Tätigkeit auch ohne Nachteilszufügung nur innerhalb der Grenzen seines Ufergrundstücks befugte. Vor einem durch Ersitzung zur Zeit des ALR erworbenen und nach §379 I Nr. 1, §380 pr.WG aufrechterhaltenen Rückstaurecht wurde der Nachbar allerdings auch zur Zeit des preußischen Wassergesetzes nicht geschützt.

In §41 I Ziff. 2 pr.WG wurde die Eigentümernutzung dahin eingeschränkt, daß durch sie nicht der Wasserstand in einer Weise verändert werden durfte, die andere in der Ausübung ihrer Rechte am Wasserlauf beeinträchtigte oder fremde Grundstücke beschädigte. Eine Veränderung des Wasserstandes war bei jeder Hebung und - anders als bei der

---

1) Oben S.157, 162, 169.
2) Oben S.258 f.

Vorflut - auch bei jeder Senkung des Oberflächenspiegels gegeben und konnte durch jegliche der in §40 II pr.WG gestatteten Nutzungen hervorgerufen werden.

Eine solche Einwirkung gehörte nur in dem Rahmen zum Eigentümernutzungsrecht, wie sie nicht fremde Grundstükke beschädigte. Darunter fielen nicht nur Eingriffe gegenüber dem Boden selbst, wie Überschwemmung, Versumpfung, Uferabbrüche, sondern auch die Beeinträchtigung seiner wirtschaftlichen Ertragsfähigkeit[1].

Die Grenzen zulässiger Veränderung des Wasserstandes waren auch durch die Rechte anderer gezogen. Im einzelnen bestimmte sich das Verbot der Einwirkung nach dem Inhalt dieser Rechte. Als solche wurden das Eigentum, andere dingliche sowie verliehene und auch obligatorische vom Eigentum abgeleitete Rechte verstanden. Zu den geschützten Rechten zählte daher nicht der unmittelbar durch das Gesetz gegebene Schutz vor Wasserentziehung, wie er in dem Gebot der Rückleitung zum Ausdruck kam[2]; hier galten ausschließlich die Sonderregelungen, auch wenn sie einen geringeren Schutz boten[3]. Geschützt wurden die Rechte der anderen nur vor Beeinträchtigung durch Veränderung des Wasserstandes, nicht aber durch andere Maßnahmen. Ein Recht auf die ausschließliche Benutzung einer bestimmten Zuflußmenge berechtigte daher, auch wenn es nicht unmittelbar auf dem Gesetz, sondern auf einem besonderen Titel[4] beruhte, nicht zum Widerspruch gegen die Veränderung des Wasserstandes, denn ein solcher Anspruch auf Zufluß wird nur durch die Verringerung der zufließenden Wassermenge, nicht aber durch eine Senkung des Wasserstandes beeinträchtigt. Diese Auffassung ist in Literatur und Rechtsprechung herrschend[5], während in der

---

1) HKS I,Anm.8)zu §41,S.277; Lenhard - Reichau I,Anm.II 4b zu §41,S.135.
2) Oben S.383.
3) HKS I,Anm.7) zu §41,S.275.
4) Oben S.372.
5) HKS I,Anm.7) zu §41,S.275f.; Lenhard - Reichau I,Anm.

Begründung zum Entwurf des §42 pr.WG[1] dagegen die Ansicht vertreten wurde, daß gerade dieser Fall durch §41 I Ziff. 2 pr.WG getroffen würde. Der Auffassung der Praxis vermag zwar grundsätzlich gefolgt zu werden, da eine Senkung des Wasserstandes nicht auch stets eine Verminderung des Wasserdurchflusses zur Folge hat - zum Beispiel wenn sie durch Vertiefung der Sohle geschieht -, es sind jedoch auch Fälle denkbar - beispielsweise die Senkung durch Ableitung -, wo beides zusammenfällt. Auch in einem solchen Fall konnte der Zuflußberechtigte der Ansicht der Praxis zufolge nicht gegen die Maßnahmen des Eigentümers vorgehen, wenn diese sich innerhalb der Grenzen des §41 I Ziff. 2 pr.WG ausschließlich auf die Veränderung des Wasserstandes bezogen.

Die weiteren durch §41 pr.WG dem Eigentümernutzungsrecht auferlegten Beschränkungen sahen vor, daß die einem anderen obliegende Gewässerunterhaltung nicht erschwert werden durfte und daß eine Veränderung des Grundwasserstandes nur dann gestattet ist, wenn sie durch Maßnahmen der gewöhnlichen Bodenentwässerung bewirkt wurde.

bbb) Der Schutz der Nachbarn vor Wasserentziehung durch die Eigentümerbeschränkungen

Von einer Unterscheidung zwischen einem allgemeinen und einem besonderen Schutz vor Wasserentziehung, wie es in der Vergangenheit bekannt war[2] kann für die Zeit des preußischen Wassergesetzes grundsätzlich nicht mehr gesprochen werden. Die schon im Privatflußgesetz begonnene Entwicklung[3] hat sich damit fortgesetzt. Lediglich die Rücksicht auf ältere Triebwerksrechte veranlaßte den Gesetzgeber in §42 pr.WG dazu, ihnen gegenüber die Nutzungen des Eigentümers besonders zu beschränken. Für alle

---

II 4a zu §41,S.134f.; RGZ 89,84(89).
1) Begr.S.88.
2) Oben S.161 ff., 261 ff.
3) Oben S.261.

anderen Gebrauchsarten aber ergab sich der Schutz nur noch aus §43 I pr.WG.

Der besseren Klarheit wegen sei bereits an dieser Stelle darauf hingewiesen, daß Rechte auf eine bestimmte Menge zufließenden Wassers, die auf einem besonderen Titel beruhten, nicht geschmälert wurden[1]. Das war unabhängig davon, ob sie schon vor[2], oder erst während der Geltung das preußischen Wassergesetzes erworben worden waren; damit entsprach diese Norm der früheren Rechtslage[3]. Gestützt auf einen derartigen Titel war bei Veränderungen des Wasserstandes ein Widerspruch auch gegen die Maßnahmen möglich, die zur Verringerung der Durchflußmenge führten. Alle Benutzer aber, die einen derartigen Titel nicht innehatten, wurden nur nach den Spezialvorschriften der §§42, 43 I pr.WG geschützt.

Der Schutz des §43 I pr.WG wurde, wie in den vergangenen Gesetzen[4], jedermann zuteil, der zur Benutzung des Gewässers berechtigt war. Der Geltungsbereich des §43 I pr. WG umfaßte nicht alle Wasserläufe, sondern nur die nach §8 pr.WG den Anliegern gehörenden, also nur die der 2. und 3. Ordnung[5]. Nicht zum Kreis der Verpflichteten gehörte somit der Staat als Eigentümer der Wasserläufe 1. Ordnung; nicht zu diesem Kreis gehörten aber auch alle die Rechtssubjekte, die ihr Eigentum an den Wassern der 2. und 3. Ordnung nicht auf die Grundlage des §8 pr.WG, sondern auf die des §9 pr.WG[6] oder einen nicht gesetzlichen Titel zurückführten.

Die solchermaßen abgegrenzte Gruppe von Schuldnern war verpflichtet, das aus ihrem Wasserlauf abgeleitete Wasser,das nicht auf ihren Ufergrundstücken verbraucht wurde,

---

1) HKS I,Anm.7) zu §41,S.275.
2) §382 pr.WG.
3) Oben S.265, 279.
4) Oben S.261.
5) Oben S.337.
6) Oben S.341 f.

wieder in den Wasserlauf zurückzuleiten, bevor er auf der Seite, wo die Ableitung stattfand, ein fremdes Ufergrundstück berührte. Im Gegensatz zum vergangenen Untersuchungszeitraum[1] war den Eigentümern nunmehr auch der Verbrauch auf ihren hinterliegenden Grundstücken gestattet, sofern diese mit dem am Ufer gelegenen eine wirtschaftliche Einheit bildeten. Das Ausmaß, in dem das Wasser zurückzuleiten war, bestimmte sich nach der Nutzung des Eigentümers. Falls diese es mit sich brachte, war auch ein vollständiger Verbrauch des abgeleiteten Wassers zulässig[2]. Nichtverbrauchtes Wasser aber war zurückzuleiten und durfte nicht in Behältern gesammelt werden[3]. Ein vollständiger Verbrauch des Wassers war allerdings auch nur dann zulässig, wenn er sich mit den Beschränkungen des §41 pr.WG, vor allem §41 1 Ziff. 2 pr.Wg, vereinbaren ließ und wenn dem ableitenden Eigentümer beide Ufer gehörten. Letzteres deshalb, weil in dem Fall, daß die gegenüberliegende Seite einem anderen gehörte, dieser gemaß §43 1 Satz 2 pr.WG zur Ableitung der Hälfte des jeweils vorüberfließenden Wassers berechtigt war und deshalb einen Anspruch darauf hatte, daß es ihm nicht länger und in größerem Maße als gesetzlich erlaubt entzogen wurde[4]. Insoweit war der Gegenüberlieger besser vor Wasserentziehung geschützt als der Unterlieger; das entsprach auch früherem Recht[5].

In dem Ausmaß, das diesen Beschränkungen des Eigentümers entsprach, wurden alle Benutzer - auch Triebwerksbesitzer - die nicht Inhaber eines titulierten Zuflußrechts waren, gleichermaßen vor Wasserentziehung geschützt.

Eine Ausnahme davon setzte §42 pr.WG fest, und zwar für diejenigen Triebwerke, die im Geltungsbereich des Privat-

---

1) Oben S.262, 263.
2) HKS I,Anm.4) zu §43,S.296; RGZ 47,291.
3) Lenhard - Reichau I,Anm.2a zu §43,S.143.
4) HKS I,Anm.6) zu §43,S.298.
5) Oben S.261.

flußgesetzes am Tage seiner Verkündung, dem 4.3.1843[1], an einem Wasserlauf 2. oder 3. Ordnung rechtsmäßig bestanden: ihnen durfte durch die Eigentümernutzung nicht das Wasser entzogen werden, das sie benötigten, um ihre Anlage in einem Umfang zu betreiben, wie er mit den damaligen Einrichtungen und der dadurch bedingten Betriebs- und Leistungsfähigkeit zu erreichen gewesen war - unabhängig davon, ob er damals auch tatsächlich so ausgeübt worden ist[2]. Damit waren sie in dem Umfang geschützt, den ihnen auch das Privatflußgesetz gewährte[3]. Bestand zu dem obigen Stichtag bereits aufgrund eines besonderen Titels das Recht zur Erweiterung des Betriebes, so wurde die Anlage auch in diesem Ausmaß gesichert.

Der §42 pr.WG galt aber nicht für Triebwerke, deren Zuflußmenge durch einen besonderen Titel geschützt war, da dieses Recht durch §382 pr.WG aufrechterhalten wurde. Der §42 pr.WG galt ebenso nicht für Triebwerke, die außerhalb des Geltungsbereichs des Privatflußgesetzes lagen, also in Schleswig, Holstein, Lauenburg, Hannover, Hessen-Nassau oder Hohenzollern. Deren gesetzlicher Zufluß richtete sich nun, da die früheren Normen[4] durch §399 II pr.WG fast ausnahmslos außer Kraft gesetzt worden waren[5], nur noch nach §43 I pr.WG.

ccc) Das Recht auf Zufluß als Inhalt des Nutzungsrechts und des Eigentums

Mit den obigen Vorschriften erschöpfte sich der vom preußischen Wassergesetz gesetzlich eingeräumte Schutz vor

---

1) Im Rheinland am Tage der Verkündung der Verordnung vom 9.1.1845, dem 20.1.1845.
2) HKS I,Anm.5) zu §42,S.293; RGZ 89,216; Gruchot 50, 1214; Ob.Tr.35,173.
3) Oben S.265 f.
4) Oben S.267 f.
5) So vor allem §54 Prov.Verf. für Schlesiwg (oben S. 268) durch §399 II Ziff.33 und §84 Hannoversches Gesetz vom 22.8.1847 (oben S. 268) durch §399 II Ziff. 38.

Beeinträchtigung der Wasserzufuhr. Eine andere und speziell auf seine Art der Nutzung zugeschnittene Möglichkeit, einer Wasserminderung zubegegnen, wäre für denjenigen, der nicht Inhaber eines entsprechenden titulierten Rechts war, nur dan gegeben gewesen, wenn eine Beeinträchtigung im Wasserzugluß ihn auch in seinem Eigentumsrecht verletzt haben würde. Dabei können zwei Möglichkeiten gesehen werden, aus dem Eigentum ein Recht auf Zufluß abzuleiten: zum einen aus dem Eigentum und der daraus folgenden Verfügungsmacht über das Wasser selbst und zum anderen aus dem Eigentum als Grundlage des Nutzungsrechts[1]. Diese Zweigleisigkeit hat allerdings offenbar in der Praxis keine weitere Rolle gespielt. Sie zeigt jedoch deutlich eine Parallele zu dem heutigen System öffentlich-rechtlicher Nutzungsordnung der Gewässer auf, bei dem ebenfalls danach geschieden wird, ob ein Anspruch auf Zufluß von Wasser bestimmter Menge oder Güte aus der Rechtsgrundlage der Tätigkeit oder aus dem Eigentum am Gewässer und Ufergrundstück hergeleitet werden kann.

Damals wurde der Anspruch auf Wasserzufluß verneint, und zwar in beiderlei Hinsicht.

Durch das Nutzungsrecht wurde der Eigentümer nur zur Ausübung der in § 40 II pr.WG aufgezählten Tätigkeiten berechtigt. Ein Anspruch auf eine bestimmte Wassermenge oder -qualität war darin jedoch nicht eingeschlossen[2].

Auch hinsichtlich der Begründung eines derartigen Anspruchs aus dem Gewässereigentum haben sich die früher vertretenen Auffassungen[3] nicht geändert. Das Eigentum beschränkte sich auf die Verfügungsmacht über das jeweils

---

1) HKS I,Anm.5) zu §40,S.261f.; Born,Anm.zu §40 II,S.46.
2) HKS I,Anm.5) zu §40,S.261f.; Born,Anm.zu §40 II,S.46.
   oben S. 371 f.
3) Oben S. 259 f.

gerade durchfließende Wasserdargebot.

Hatten Verunreinigung oder Verminderung Schäden für einen Gewerbebetrieb zur Folge, so war der Eigentümer dadurch dennoch nicht in einem Recht aus §823 I BGB verletzt, da nur in die materielle Grundlage des Betriebes eingegriffen wurde[1]. Diese Grundlage aber war das Gewässereigentum, das ebenfalls kein Recht auf Wasser bestimmter Menge oder Güte beinhaltete, sodaß der Kreis hier kurzgeschlossen ist.

dd) Der verfahrensrechtliche Nachbarschutz

Das Erfordernis einer wasserrechtlichen Genehmigung für Stauanlagen zu Wassertriebwerken, deren Erteilung auch Dritten gegenüber Wirkungen hatte, war im preußischen Wassergesetz nicht vorgesehen. Im vorangegangenen Untersuchungszeitraum wurde es vor allem im WBG festgesetzt und dabei für das spätere Geltungsgebiet des preußischen Wassergesetzes aber ohnehin nur begrenzter vorgesehen[2]. Der Wegfall des Genehmigungserfordernisses hatte jedoch nicht zur Folge, daß ein Stauanlagennutzer nach der neuen Rechtslage vor nachträglichen Abwehrklagen und polizeilichen Eingriffen nicht mehr geschützt wurde.

Grundlage derartiger Sicherung war nunmehr der §16 Gew.O., der die Stauanlagen für Wassertriebwerke der gewerberechtlichen Genehmigungspflicht unterstellte. Als reichsrechtliche Vorschriften gingen diese Bestimmungen über die Landesgesetze. Der Kreis der pflichtigen Anlagen war - auch bezogen auf das gesamte Reichsgebiet - identisch mit den früher einer wasserrechtlichen Genehmigung bedürfenden Einrichtungen. Die Aufhebung zahlreicher früherer Gesetze mit dem Inkrafttreten des preußischen Wassergesetzes, die eine derartige Gestattungspflicht nicht vorsahen[3],

---

1) Vgl.die Rechtsprechung zu diesem Problem in: 147.Kolloquium üb.Fragen d.Rechts d.Wasserwirtschaft, S.1-3.
2) Oben S. 239 f.
3) Z.B.in Holstein, Lauenburg u.Hohenzollern; oben S.242f.

hatte keine Erweiterung dieses Kreises gebracht, da auch in ihren Geltungsgebieten die Pflicht bereits seit der Einführung der Gewerbeordnung bestand. Auch die Aufhebung bisheriger Normen, die die wasserrechtliche Genehmigung kannten[1], hatte nur die bis dahin bestehende Doppelgleisigkeit beseitigt, weitere Auswirkungen aber nicht zur Folge gehabt.

Eine Erweiterung hatte dagegen aber zum Ende des vergangenen Jahrhunderts die gewerberechtliche Genehmigung selbst in ihrer Reichweite erfahren; das hatte dazu geführt, daß der Kreis genehmigungspflichtiger Anlagen aus wasserrechtlichen Gründen vergrößert wurde. War man bei Erlaß der Gewerbeordnung der Ansicht gewesen, daß die Frage, inwieweit gewerbliche Anlagen beschränkt werden könnten, weil sie durch ihre Einleitungen die Wasserqualität schädigten, durch die Wassergesetze zu regeln sei[2], so wurde dieser Standpunkt später aufgegeben zugunsten der Meinung, die gewerberechtliche Genehmigung decke mit ihren Rechtswirkungen auch diejenigen Einleitungen, die im Plan der Anlage vorgesehen waren[3]. Wegen ihrer schädlichen Abwässer wurden daher durch Verordnung vom 26.7.1881[4] die Kalifabriken in den Kreis der den §§16ff. Gew.O. unterliegenden Betriebe aufgenommen; daher war bei Erteilung der Genehmigung der §23 I pr.WG nicht mehr anzuwenden[5].

Das Verfahren zur Erteilung bestimmte sich nach den §§16 ff. Gew.O.; es hatte bereits zuvor auch schon für die wasserrechtliche Genehmigung gegolten[6]. Danach hatte der Beantragende die Bauunterlagen der Anlage einzureichen, die von der Behörde auf Beeinträchtigungen des Interesses

---

1) Z.B.: ALR (vgl.§399 II Ziff.1)b)pr.WG), Hannover (vgl. §399 II Ziff.38 pr.WG); oben S.241 f.
2) Vgl. oben S.255.
3) HKS I,Anm.18) zu §23,S.188.
4) RGBl,S.251.
5) Oben S.378 f.
6) Oben S.255.

der Allgemeinheit hin (das auch durch die §§41-43 pr.WG konkretisiert wurde), die aus der Einrichtung erwachsen könnten, untersucht (§18 Gew.O.) und während einer 14-tägigen Frist offengelegt wurden; innerhalb dieses Zeitraums konnten Einwendungen vorgebracht werden. Beruhten sie auf besonderen privatrechtlichen Titeln, so waren sie richterlicher Entscheidung vorzulegen; andere Titel - öffentlich-, wie privatrechtliche - wurden von der Behörde selbst abschließend berücksichtigt (§19 Gew.O.).

Der Unterschied zwischen privatrechtlichem und besonderem privatrechtlichen Titel bestand darin, daß der erste sich unmittelbar auf die gesetzlichen Vorschriften stützte, der zweite hingegen auf Bestimmungen, die als Ausnahmen von den allgemeinen gesetzlichen Regelungen anzusehen sind, oder auf Vertrag, Verjährung, letztwillige Verfügung oder Privileg[1] zugunsten bestimmter einzelner Rechtssubjekte[2]. Zu bedenken ist, daß wegen der privatrechtlichen Nutzungsordnung die §§41 bis 43 pr.WG einen privatrechtlichen Titel gewährten. Darüberhinaus waren noch öffentlich-rechtliche Titel bekannt. Diese mußten - im Gegensatz zu den beiden obigen - innerhalb der genannten Frist vorgebracht werden; später war ihre Geltendmachung gänzlich ausgeschlossen.

Durch die Genehmigung wurden Lage und Beschaffenheit der Betriebsstätte verbindlich geregelt. Eine zeitliche Beschränkung war im Hinblick auf §25 Gew.O. nicht zulässig - es sei denn, sie wäre ausdrücklich beantragt worden. Die Genehmigung gewährte kein Privatrecht, verschaffte jedoch eine gesicherte Position in öffentlich-, wie privatrechtlicher Hinsicht: Gemäß §25 Gew.O. konnte die Polizeibehörde gegen die Anlage nur einschreiten, wenn der Inhalt der Genehmigungsurkunde dazu einen Anhalt

---

1) Oben S.179.
2) HKS I,Anm.12) zu §50,S.357; Lenhard-Reichau I, Vorbem. IIb 1.aa vor §46,S.150.

gab. Nachbarn, die in einem ihrer privaten Rechte auf Abwehr benachteiligender Einwirkungen, z.B. aus §§41 bis 43 pr.WG, beeinträchtigt waren, konnten gemäß §26 Gew.O. nicht mehr auf Einstellung oder Unterlassung des Betriebes, sondern nur noch auf Herstellung schadenverhütender Einrichtungen, bzw. Schadloshaltung klagen. Privatrechte, die nicht unter die Definition des §26 Gew.O. fielen, waren von dieser Beschränkung jedoch ausgenommen. Dazu gehörten das dem Wasserlaufeigentümer zustehende Verfügungsrecht über das vom Unternehmer beanspruchte Wasser und das verliehene Recht[1]. Neben diesem zuletzt genannten wurden auch die anderen besonderen Privatrechte von §26 Gew.O. nicht erfaßt; mit einem auf ihnen beruhenden Anspruch konnte daher ebenfalls noch nach der Genehmigung die Einstellung des Betriebes verlangt und herbeigeführt werden.

ee) Möglichkeiten der Erweiterung des Eigentümernutzungsrechts

Wie schon angedeutet, war es möglich, einen Wasserlauf über die Grenzen der §§41 bis 43 pr.WG hinaus zu benutzen.

Einen besonderen Fall führte das Gesetz in §44 pr.WG an, indem es dann, wenn sich mehrere einander benachbarte Anlieger über die Ausübung ihrer Nutzungsrechte einig waren oder zu einer Gemeinschaft zusammengeschlossen hatten, ihre Grundstücke als ein einziges ansah. Diese Erleichterung entsprach früheren Regelungen in Privatflußgesetz und WBG[2] und galt nicht nur hinsichtlich der unter §43 pr.WG fallenden Benutzungsarten, sondern wollte gegenüber allen in §§41 bis 43 pr.WG genannten Beschränkungen eine rationelle genossenschaftliche Ausnutzung des Wasserschatzes herbeiführen[3].

---

1) Lenhard - Reichau I,Anm.III 2bß zu §41,S.138 und Vorbem.IIb vor §46,S.151.
2) Oben S.263.
3) Lenhard - Reichau I,Anm.3 zu §44,S.145.

Möglichkeiten zur Erweiterung des Eigentümernutzungsrechts waren aber nicht nur im Gesetz selbst enthalten, sondern konnten sich auch aus besonderen Rechtstiteln ergeben, unter denen die Verleihung nach §§ 46 ff. pr.WG hervorzuheben ist.

aaa) Besondere Titel (mit Ausnahme der Verleihung)

In Betracht kommen nur besondere privatrechtliche Titel. Der Eigentümer konnte sein Nutzungsrecht rechtsgeschäftlich erweitern. Da die Beschränkungen seines Benutzungsrechts nur im Interesse der Nachbarn festgesetzt waren, stand es diesen frei, auf die ihnen aus den Beschränkungen erwachsenden Vergünstigungen zu verzichten. Das war insbesondere durch Vertrag oder letztwillige Verfügung zulässig. Das preußische Wassergesetz stellte weder Forderungen hinsichtlich bestimmter Titel noch ihrer Voraussetzungen auf. Zu berücksichtigen waren lediglich Einschränkungen durch die allgemeinen Normen. So war die Ersitzung von Rechten, die die gesetzliche Eigentümernutzung überstiegen, nur noch als Tabularersitzung nach § 900 II BGB in Form einer Dienstbarkeit möglich, während die unvordenkliche Verjährung gänzlich ausschied.

bbb) Die Verleihung

Durch die Verleihung nach §46 pr.WG wurde ein besonderes, genau begrenztes Privatrecht (§81 I pr.WG) zur Benutzung des Wasserlaufs begründet, das nach einem bestimmten Verfahren von der dafür zuständigen Behörde durch einen öffentlich-rechtlichen Akt erteilt wurde. In dieser Definition war und ist sich die Literatur einig[1]. Die Verleihung war jedem zugänglich[2]. Sie wurde nicht erteilt, wenn sich die Rechte bereits aus anderen gesetzlichen Vorschriften ergaben (§46 II pr.WG). Eines seiner ihm

---

1) HKS I,Anm.A zu §46,S.306 i.V.m.Anm.1) zu §81,S.479; Lenhard - Reichau I,Vorbem.IIc vor §46,S.153; Born, Anm.zu §46,S.54; Hundertmark, S.45 f.m.w.N.
2) Born, Anm. zu §46, S.55.

nach §40 II pr.WG in den Beschränkungen der §§41 pr.WG zustehenden Benutzungsrechte konnte sich der Eigentümer daher nicht verleihen lassen. Sie stand ihm aber offen, wenn er seinen Wasserlauf über die ihm gesetzlich gezogenen Grenzen hinaus nutzen wollte[1]. Mit der Erteilung war daher seine Stellung vergleichbar mit der Inhaberschaft eines dinglichen Rechts am eigenen Grundstück, z.B. einer Eigentümergrundschuld. Diese Möglichkeit für den Eigentümer ist zwar der Formulierung in §46 I Ziff. 1 pr.WG nicht auf den ersten Blick zu entnehmen, da sie nur knapp davon spricht, daß durch die Verleihung das Recht erworben werden könne, "den Wasserlauf in einer der im §40 II pr.WG bezeichneten Arten[2] zu benutzen"; sie ergibt sich jedoch daraus, daß §40 II pr.WG allein die Nutzungen aufzählte, die Beschränkungen aber erst in §§41 ff. pr.WG genannt wurden und auf diese Vorschriften in §46 I Ziff. 1 pr.WG nicht Bezug genommen wurde. Das entsprach auch der Konzeption des Gesetzes, welches private Nutzungen unmittelbar nur in dem Umfang und solcher Gestalt zuwies, bei der Nachteile für Gewässer und Nachbarn nicht in erheblichem Maß zu befürchten waren. Ein derartiger Gebrauch war nur unter Voraussetzungen möglich, die die Schonung der Interessen aller Beteiligter gewährleisteten. Er bedurfte daher einer Verleihung, deren geordnetes, behördlich geleitetes Verfahren dieses Ziel sicherstellte.

Auf dieses Verfahren sowie weitere Einzelheiten der Verleihung ist in diesem Zusammenhang noch nicht einzugehen. Festzuhalten ist jedoch, daß durch die Verleihung nicht die sich aus dem Grundeigentum ergebende Nutzungsfreiheit wiederhergestellt, sondern daß durch sie ein Recht gewährt wurde, welches über die besonderen Gebrauchsrechte des

---

1) HKS I,Anm.; zu §46,S.306; Born, Anm.zu §46,S.55; Kniep, S.17.
2) Oben S.371.

Eigentümers hinausging. Eine Beeinträchtigung der Rechte Dritter ließ aber auch die Verleihung - jedenfalls grundsätzlich - nicht zu, wobei der Begriff des "Rechts" im weitesten Sinne verstanden werden muß und auf jedwedem Titel oder jeder Rechtsnorm beruhen konnte[1]. Eine Ausnahme war nur möglich, wenn das Unternehmen anders nicht zweckmäßig durchgeführt werden konnte und der zu erwartende Nutzen den Schaden erheblich überstieg; lag der Nutzung eines Dritten ein Recht zugrunde, das auf einem besonderen Titel beruhte, so mußten für eine Ausnahme außerdem noch Gründe des öffentlichen Wohls vorliegen (§ 50 II pr.WG).

ff) Schutz und Sicherung der am Wasser bestehenden Verhältnisse

Im Vergleich zum vergangenen Untersuchungszeitraum[2] ist eine Erweiterung der staatlichen Aufsichtsfunktionen und nachträglichen Eingriffsbefugnisse festzustellen. Als Beispiele seien die §§ 21 und 36 pr.WG genannt[3].

aaa) Die Ausgleichung

Der Verhütung von Störungen diente auch die in §§ 87 ff. pr.WG aufgeführte Ausgleichung. Sie erinnert an den Art. 60 WBG[4], war diesem jedoch nur in der Zielrichtung, nicht in Voraussetzungen und Gestaltung ähnlich. Die Ausgleichung bezweckte, für den Fall, daß das Wasser eines Wasserlaufs für die Benutzung durch mehrere verleihungsfähige Rechte (also auch durch Eigentümernutzungen[5]) nicht ausreichte oder diese sich gegenseitig beeinträchtigten oder ausschlossen, eine im Interesse aller liegende Lösung herbeizuführen. Sie fand nur auf Antrag eines Beteiligten statt, wurde in einem besonderen Ausgleichungs-

---

1) HKS I, Anm. 3) zu § 50, S.347.
2) Oben S.271 ff.
3) Oben S.379 f., 364.
4) Oben S.272.
5) Lenhard - Reichau I, Anm. 1 zu § 87, S.247.

verfahren (§89 pr.WG) durchgeführt, und zwang alle daran Beteiligten, sich der behördlichen Regelung von Maß, Zeit und Art der Benutzung zu unterwerfen. Nicht erfaßt wurden nur Benutzungen, die nach §§ 16 ff. Gew.O. genehmigt worden waren, da das Ausgleichungsverfahren eine landesrechtliche Regelung war; für sie galt §51 Gew.O.

bbb) Der Rechtsschutz

Gegenüber dem bereits aus dem vorangegangenen Untersuchungszeitraum bekannten System[1] hatten sich keine grundlegenden Änderungen ergeben. Der Schutz ihrer Privatrechte war den einzelnen Gewässerbenutzern selbst überlassen und ihnen dazu der Zivilrechtsweg eröffnet. Sie konnten ihre Ansprüche auf selbständige wie komplementäre Vorschriften stützen; um sich gegen Minderung von Quantität oder Qualität des Wassers zu wehren, kamen jedoch nur die Schutzbestimmungen des preußischen Wassergesetzes in Betracht.

Eine - neue - Durchbrechung des Systems war § 21 pr.WG, der die Wasserpolizeibehörde zum Schutz von privaten Interessen zu Eingriffen befugte. Ein Anspruch des Benutzers auf Tätigwerden bestand allerdings nicht[2]

c) Die Eigentümernutzung an den nicht zu den Wasserläufen gehörenden Gewässern

Über diese Gewässer konnte der Eigentümer gemäß § 196 pr.WG frei verfügen, soweit sich nicht aus dem preußischen Wassergesetz, insbesondere den Vorschriften über die Benutzung der Wasserläufe etwas anderes ergab oder Rechte Dritter entgegenstanden[3].

Außer den bereits bekannten gesetzlichen Beschränkungen war es dem Eigentümer gemäß § 197 pr.WG verwehrt, den Wasserablauf von seinem Grundstück künstlich so zu verändern,

---

1) Oben S.270 ff.
2) Oben S.380.
3) Oben S.369.

daß tiefer liegende Grundstücke belästigt wurden (es sei denn, die Änderung erfolgte aus neuer wirtschaftlicher Nutzung des eigenen Grundstücks); andererseits konnte er aber oberirdisch ihm zulaufendes Wasser von seinem Grundstück abhalten (§ 198 pr.WG)[1]. Der § 199 pr.WG wiederum untersagte dem Eigentümer, einen See abzulassen oder seinen Wasserspiegel so zu senken, daß sich dadurch der Grundwasserstand zum Nachteil anderer änderte. Weiterhin war es verboten, den See durch Einleiten oder Einbringen von Stoffen zu verunreinigen (§ 199 II pr.WG); in § 202 pr.WG wurde dieses Verbot ausgedehnt auf die Verschmutzung auch von Wasserläufen und Grundwasser durch Einbringen von Stoffen in den Boden.

Auch an diesen Gewässern war der Eigentümer den Ausgleichungsvorschriften der §§ 87 ff. pr.WG unterworfen (§ 203 I pr.WG).

Die ihm von den genannten Bestimmungen gezogenen Grenzen seiner Nutzung konnte der Eigentümer erweitern, indem er durch Verleihung ein ihm nicht zustehendes Recht erwarb (§ 203 I pr.WG).

2) Der Eigentümergebrauch im württembergischen Wassergesetz von 1900

Einer Eigentümernutzung zugänglich waren im württembergischen Wassergesetz nur die nicht öffentlichen Gewässer[2]. Aus der Tatsache, daß am Grundwasser kein Eigentum, sondern nur ein ausschließliches Aneignungs- und Gebrauchsrecht für den Grundstückseigentümer bestand[3], ergaben sich keine Unterschiede hinsichtlich der Benutzungen. Der Kreis der Gewässer war - abgesehen von Einzelheiten -

1) Das Recht galt jedoch nicht im gesamten Gebiet der Monarchie (§ 198 II pr.WG).
2) Oben S.345.
3) Oben S.348.

identisch mit denjenigen in Preußen, die nicht zu den Wasserläufen gehörten[1]. Demgemäß entsprachen sich auch die Benutzungsregelungen, jedoch waren sie einander nicht ähnlicher als es auch im Verhältnis zu den Bestimmungen für die geschlossenen Gewässer in Bayern und Baden der Fall war.

Der Eigentümer konnte über die nicht öffentlichen Gewässer frei verfügen, vorbehaltlich der Rechte Dritter und der allgemeinen Beschränkungen des Grundstückseigentums (Art. 2 I württ. WG); für das Grundwasser war das Nutzungsrecht ebenfalls zunächst unbeschränkt (Art. 3 I württ.WG). Diese Art der Regelung mit Verzicht auf die Ausgestaltung besonderer Benutzungsrechte - wie sie ebenso im preußischen Wassergesetz bestand - entsprach den rechtstechnischen Grundsätzen des gemeinen Rechts.

Die Benutzungsfreiheit für die nicht öffentlichen Gewässer hatte das Gesetz in Artt. 3 und 4 eingeschränkt und in Art. 6 nachbarrechtliche Bestimmungen getroffen. Das bedeutete jedoch nicht, daß der Eigentümer abgesehen von diesen Begrenzungen keinerlei weiteren Verpflichtungen bei seiner Nutzung unterworfen war. Neben den je nach dem Einzelfall bestehenden Rechten Dritter hatte er auch die allgemeinen polizeilichen Beschränkungen des Grundstückseigentums zu beachten. So konnte ihm eine die öffentliche Sicherheit gefährdende Verfügung über sein Gewässer, insbesondere eine für die Gesundheit der Allgemeinheit bedenkliche Verunreinigung, untersagt werden[2]. Möglich war es auch, daß aufgrund natürlicher Gegebenheiten der Eigentümer für eine Nutzung derselben rechtlichen Voraussetzungen bedurfte, wie sie für die öffentlichen Gewässer erforderlich waren; so vertritt Haller[3] die Ansicht, daß eine Einleitung schädlicher Flüssigkeiten

1) Vgl. oben S.335 f., 345.
2) Haller, Anm.1 zu Art.2,S.10.
3) Haller, Anm.3 zu Art.23,S.72.

in ein öffentliches Gewässer auch dann vorliege, wenn zunächst in ein privates und durch dessen Vermittlung erst in ein öffentliches Gewässer eingeleitet werde. Die Tätigkeit bedurfte dem folgend dann nach Art. 23 I württ. WG der Erlaubnis, wobei auf deren Rechtsnatur hier noch nicht näher einzugehen ist. Der Fall ähnelt der mittelbaren Einleitung nach §40 II Ziff. 2 pr.WG[1], ist aber dennoch von ihr grundlegend verschieden: die mittelbare Einleitung war eine Eigentümernutzung des - mittelbar beanspruchten - Wasserlaufs, wahrgenommen an zu diesem gehörenden, aber zeitweise nicht in ihm befindlichen Wasser; im württembergischen Wassergesetz aber handelte es sich um eine unmittelbare Eigentümernutzung, die auf ein zu einer anderen Einteilungsgruppe gehörendes fremdes Gewässer weiterwirkte.

Die vom Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Beschränkungen des Art. 4 betrafen Heilquellen. In Art. 3 II-IV württ. WG wurde das in Art. 3 I württ. WG eingeräumte Recht, Grundwasser zutage zu fördern, zu verbrauchen und abzuleiten, wieder eingeengt, jedoch nicht durch das Gesetz selbst, sondern durch hoheitliche Akte der Verwaltungsbehörde aufgrund des Gesetzes. Hier wurde durch öffentlichrechtliche Maßnahmen in die privaten Nutzungsrechte eingegriffen und die Förderung von Grundwasser sowie die Wegleitung von Quellwasser[2] beschränkt oder untersagt, wenn ein erhebliches öffentliches Interesse verletzt wurde. Was unter diesem Begriff zu verstehen war, überließ die ältere Literatur[3] der Entscheidung durch die Praxis im Einzelfall; er blieb damit ähnlich unklar wie entsprechende Begriffe im preußischen Wassergesetz[4]. Auch Wüsthoff[5], der sich des Themas in neuerer Zeit wieder angenommen hat, klagt über die schwankende Recht-

1) Oben S.373.
2) Duffing S.36.
3) Haller, Anm.9 zu Art.3,S.14.
4) Oben S.375 f.
5) Wüsthoff, Entnahme, in WR-WT 1956,S.33f.

sprechung in Württemberg und Preußen, vermag eine abstrakte Definition aber auch nicht zu geben, legt sich jedoch immerhin bezüglich der Rechtsnatur fest und erklärt das "öffentliche Interesse" für einen gerichtlich nachprüfbaren unbestimmten Rechtsbegriff. Das württembergische Wassergesetz selbst nannte in Art. 3 II Satz 2 Beispiele von Verletzungen eines erheblichen öffentlichen Interesses. Dabei wurden angeführt die Entziehung des für den allgemeinen Gebrauch einer Gemeinde notwendigen Trink- oder Nutzwassers sowie die Senkung des Wasserstandes eines öffentlichen Gewässers, wenn dadurch Nutzungsberechtigte oder Grundeigentümer in beträchtlichem Maße als geschädigt erschienen. Im letzteren Fall war das Einschreiten der Behörde nicht zwingend (Art. 3 III württ. WG). Es konnte jedoch auch bereits die Schädigung eines Einzelnen erhebliche öffentliche Interessen verletzen, nämlich dann, wenn die Nutzung seine Existenz zu vernichten drohte[1]. Indem somit die vorwiegend privaten Interessen zum Gegenstand des öffentlichen gemacht wurden, schützte der Staat auch die privaten Belange Einzelner durch seine Verwaltungsmaßnahmen und übte damit eine Aufgabe aus, die derjenigen in § 21 pr.WG[2] nicht unähnlich war.

Die nachbarrechtlichen Bestimmungen in Art. 6 württ.WG galten nicht für das Grundwasser sowie häusliche und gewerbliche Abwässer[3]. Daher war der Eigentümer des tiefer liegenden Grundstücks nicht verpflichtet, die genannten Abwässer und zutage gefördertes Grundwasser aufzunehmen - im Gegensatz zu den anderen oberirdischen privaten Gewässern (Art. 6 I Sätze 1, 3 württ.WG). Gemäß Art. 6 I Satz 2 württ.WG war es dem oberen Grundstückseigentümer verboten, dem Wasser einen verstärkten oder der Richtung

1) Wüsthoff, Entnahme, in WR-WT 1956, S.33.
2) Oben S.379 f.
3) Haller, Anm. 1 zu Art. 6, S.19.

nach veränderten Abfluß zu geben - wozu auch Maßnahmen zur Versicherung eines bisher oberirdisch fließenden Wassers zählten -, wenn dadurch ein erheblicher Nachteil für ein tiefer liegendes Grundstück, das nicht unmittelbar benachbart zu sein brauchte, verursacht wurde[1]. Die genannten Beschränkungen galten nicht, wenn der Wasserabfluß zur Anlage von öffentlichen Wegen oder Eisenbahnen oder wegen Maßnahmen an einem öffentlichen Gewässer verändert wurde (Art. 6 III württ.WG). In Art. 6 II württ. WG wurde in den Fällen, wo durch ein natürlich entstandenes Hindernis auf einem Grundstück der Wasserablauf zum Nachteil eines anderen sich änderte, dem geschädigten Eigentümer das Recht zur Wegräumung der Störung gegeben und damit eine aus dem gemeinen Recht rührende Unklarheit beseitigt[2].

3) Der Gebrauch durch Eigentümer und Anlieger im bayerischen Wassergesetz von 1907 und badischen Wassergesetz von 1899

Beide Gesetze trennten zwischen öffentlichen und nicht öffentlichen Gewässern, die unterschiedslos im Privateigentum standen[3]. Der Staat war an der Ausübung seines Eigentumsrechts an den öffentlichen Wasserläufen nach wie vor durch deren Bestimmung zur Schiff- und Floßfahrt sowie zum Gemeingebrauch eingeschränkt; eine theoretisch mögliche Eigentümernutzung durch ihn war den Gesetzen unbekannt. Nur an den nicht öffentlichen Gewässern war das Eigentum, bzw. die Anliegereigenschaft Rechtsgrundlage für deren Gebrauch. Hinsichtlich des Umfangs dieser Nutzung muß unterschieden werden zwischen den privaten Gewässern im Gemeingebrauch[4] und denen, die nicht der

1) Haller, Anm. 3 zu Art. 6, S.20.
2) Haller, Anm. 6 zu Art. 6, S.21.
3) Oben S.349, 353.
4) Oben S.364 f.

Allgemeinheit geöffnet waren und im Eigentum derer standen, auf deren Grundstück sie sich befanden. Diese Abgrenzung deckt sich systematisch mit der Unterscheidung zwischen den Wasserläufen und den nicht zu ihnen gehörenden Gewässern in Preußen sowie den württembergischen öffentlichen und privaten Gewässern.

Die Eigentümernutzung der Gewässer, die den Grundeigentümern gehörten, wies in allen untersuchten Gesetzen wegen der ähnlichen tatsächlichen und rechtlichen Gegebenheiten keine Abweichungen im Grundsätzlichen voneinander auf. Anders verhielt es sich dagegen bei den privaten Gewässern im Gemeingebrauch, die in Württemberg keine Entsprechung hatten und in Preußen nur mit den Wasserläufen der 2. und 3. Ordnung vergleichbar waren. Während das bad.WG 1899 in den Grundzügen dem preußischen Gesetz nahekam, entsprach das bay WG dem WBG.

a) Überblick über die Regelung der Benutzungen

Im badischen Wassergesetz 1899 stand an den natürlichen (und auch an vielen künstlichen) privaten Wasserläufen den An- und Hinterliegern - denen im Unterschied zum preußischen Wassergesetz das Gewässer nicht gehörte - in gewissem Umfang ein Recht zur Nutzung zu; sollten sie dieses überschreiten, so bedurften sie dazu einer Verleihung. Eine solche war auch für jede über den Gemeingebrauch hinausgehende Benutzung an öffentlichen und - wenn ein Nichtanlieger sie ausüben wollte - auch an privaten Wasserläufen vonnöten. Genehmigungen wurden vor allem im Rahmen der §§16 ff. Gew.O., auf die das badische Wassergesetz 1899 ausdrücklich verwies, gefordert; das gleiche galt für einige weitere enumerativ aufgeführte Tätigkeiten.

Dem bayerischen Wassergesetz hingegen war die staatliche Erteilung einer Benutzungsgrundlage an privaten Gewässern grundsätzlich fremd. Bei seinen Regelungen sprach es stets von den Rechten der Ufereigentümer; daraus folgt,

daß die Staatsprivatflüsse und diejenigen im Eigentum Dritter nicht hierher gehörten. Während die Benutzung der Staatsprivatflüsse den Bestimmungen für die öffentlichen Gewässer unterlag, stand sie bei den Privatflüssen im Eigentum Dritter diesen zu, wobei die nachbarrechtlichen Beschränkungen denen entsprachen, die für die Wasserläufe der Ufereigentümer (die Anliegerprivatflüsse) galten. Unbeachtlich der vor allem von der Literatur[1] durcheinandergeworfenen Gebrauchserlaubnis und polizeilichen Genehmigung waren die gemeingebrauchsüberschreitenden Nutzungen an öffentlichen Gewässern nach Artt. 42 f. bay WG erlaubnispflichtig, bei den Anliegerprivatflüssen standen sie gemäß Artt. 44 f. bay WG den Eigentümern zu. Wurden im ersten Fall die Grenzen der Benutzung und ihre harmonische Eingliederung in das Gebrauchssystem am Gewässer in dem Erlaubnisakt durch die Behörde bestimmt, so waren sie im zweiten Fall bereits durch das Gesetz selbst festgelegt und ihre Einhaltung wurde durch staatliche Aufsicht gemäß Art. 48 bay WG gewährleistet. Für Errichtung und Änderung bestimmter Anlagen war an beiden Gewässergruppen eine Genehmigung erforderlich. Die Benutzungsregelungen für die öffentlichen und privaten Wasserläufe waren daher nur systematisch unterschiedlich, materiell aber gleichgerichtet ausgestaltet und stimmten in allen wesentlichen Punkten mit dem WBG überein.

b) Die Nutzungen an den nicht öffentlichen Gewässern im Gemeingebrauch

Das bayerische Wassergesetz beschrieb den Umfang des den Eigentümern der Privatflüsse zustehenden Gebrauchs in Art. 44 dadurch, daß es ihnen das Recht einräumte, das Wasser zu benutzen mit Rücksicht auf die Rechte der Nachbarn und der sonstigen Wasserberechtigten und beschränkt durch einige im einzelnen aufgeführte Bestimmungen; es

---

1)Vor allem bei Höhne, S.107 u. 117.

entsprach damit fast wörtlich dem Art. 54 I WBG[1]. Konkrete Tätigkeiten, wie in §40 II pr.WG, wurden nicht genannt.

Auch die badischen Regelungen, deren Ausgangsvorschrift §17 I bad WG 1899 war, boten nur wenige nähere Anhaltspunkte. Hier waren die Anlieger der natürlichen nicht öffentlichen Wasserläufe sowie die Hinterlieger (von §17 I bad WG 1899 definiert als "die Eigentümer sonstiger im Bereiche eines solchen Wasserlaufs liegenden Grundstücke, für welche nach ihrer Lage, Beschaffenheit und Zweckbestimmung der Wasserlauf nutzbar gemacht werden kann") berechtigt, das Gewässer für Haushaltung, Landwirtschaft und Gewerbe zu benutzen. Der dieser Untersuchung zugrunde gelegten Fassung des Gesetzes von 1913 war noch eine dem §40 II pr.WG nachgebildete Ergänzung angefügt, die sachlich aber keine Änderung gegenüber früher brachte[2] und als Nutzungsbeispiele die Wasserableitung, das Einleiten von Flüssigkeiten sowie Heben und Senken des Wasserspiegels nannte. Für die künstlichen nicht öffentlichen Wasserläufe ergaben sich die Benutzungsrechte aus §3 bad WG 1899: wenn an einem solchen Gewässer das Eigentum oder ein Nutzungsrecht vertraglich oder auf sonst geeignete Weise erworben worden war, so standen diese Rechte dem Erwerber zu (§3 I bad WG 1899), ansonsten gehörten die Wasserläufe den Gemeinden und die Benutzung richtete sich nach den Bestimmungen des §17 I bad WG 1899 (§3 II bad WG 1899)[3]. Einen allgemeinen Hinweis auf die Beschränkungen der Gebrauchsrechte, wie ihn Art. 44 bay WG enthält, gab das badische Wassergesetz 1899 in seinem §14 I, der in einem Abschnitt mit allgemeinen Vorschriften zur Benutzung steht und diese unter den Vorbehalt stellte, daß sie nicht in die Eigentums- und bereits ausgeübten[4] Nutzungsrechte anderer eingriffen und daß sie es

---

1) Oben S.237.
2) Wiener, Anm.2 zu §17,S.68f.
3) Vgl.oben S.354.
4) Wiener, Anm.5 zu §14,S.58.

denen ermoglichten, aus dem Wasser den tunlichsten Vorteil zu ziehen[1].

Aus den genannten Bestimmungen ergab sich nicht, zu welchen Tätigkeiten sie im einzelnen berechtigten. Einen den §§19 bis 23 pr.WG ähnlichen Katalog, in dem verbotene oder polizeilicher Genehmigung bedürfende Maßnahmen aufgeführt sind, kannten die beiden Gesetze nicht. Welchen zusätzlichen rechtlichen Anforderungen einzelne Benutzungen noch genügen mußten, war daher ihren weiteren, zum Teil recht verstreuten Vorschriften zu entnehmen. Dabei wird sichtbar, daß die Regelungen sich zum Teil derart unterschieden, daß sie unter dem Gesichtspunkt ihrer rechtlichen Ausgestaltung einer gemeinsamen Betrachtung nicht mehr zugänglich sind. Es ergibt sich aber auch, daß die nicht frei zulässigen Benutzungen in beiden Gesetzen die gleichen waren, sodaß sie hinsichtlich ihrer Einzelanforderungen gegenübergestellt werden können. Es handelte sich dabei vor allem um Tätigkeiten, die auch schon in früheren Normen besonderer staatlicher Beachtung unterlagen.

aa) Die Errichtung von Stauanlagen und Wassertriebwerken

In Bayern war gemäß Art. 50 bay WG vor der Errichtung von Stauanlagen oder Triebwerken mit gespannter Wasserkraft die Genehmigung der Verwaltungsbehörde erforderlich. Erfaßt waren also jegliche Stauanlagen und jegliche Triebwerke mit gespannter Wasserkraft; ohne Wasserspannung arbeitende Werke gehörten daher nur in Verbindung mit einer Stauanlage in diesen Kreis. Die gleiche Genehmigungspflicht galt für die Änderung der Anlagen und die Änderung oder Auswechslung von Hauptteilen, wenn dadurch der Wasserverbrauch, das Gefälle oder die Oberwasserhöhe beeinflußt wurden. Der Art. 50 bay WG galt auch für Anlagen, die bereits seit früherer Zeit recht-

1) Vgl.Art.9 I bad WG 1876; oben S.284 f.

mäßig bestanden und erstreckte sich ebenso auf die öffentlichen Gewässer.

Für Baden setzten die §§40 und 52 bad WG 1899 die rechtlichen Anforderungen fest, indem sie bestimmten, daß die Errichtung wie der Betrieb von Stauanlagen zu Wassertriebwerken nebst allem Zubehör einer Verleihung (§40 Ziff. 1b bad WG 1899) bedurften und die nach §§16 ff. Gew. O.erforderliche Genehmigung damit zu verbinden sei (§52 I bad WG 1899); das gleiche galt für die wesentliche Änderung der Anlage oder ihrer Betriebsweise (§40 Ziff. 3; §52 I bad WG 1899 i.V.m. §25 Gew.O.). An den nicht von §17 I bad WG 1899 erfaßten künstlichen nicht öffentlichen Wasserläufen war für diese Tätigkeiten zwar keine Verleihung, dafür aber die Einholung einer Genehmigung erforderlich (§52 I Ziff. 1 bad WG 1899)[1].

aaa) Genehmigungen nach dem Wassergesetz und der Gewerbeordnung in Bayern

Der Art. 50 bay WG stimmte mit Art. 73 I WBG nicht nur hinsichtlich des Gegenstandes überein, sondern bezog sich ebenso wie dieser nicht auf die Wasserbenutzung als solche[2], sondern regelte Errichtung und Betrieb der Anlagen[3]. Der Ansicht Eymann - Schuberts[4], die Genehmigung umfasse auch die Ermächtigung zur Wasserbenutzung, kann nicht gefolgt werden, da dann eine Gesetzeskonkurrenz gegenüber Art. 42 bay WG entstünde, denn diese Vorschrift stellte die Pflicht einer Erlaubnis für die Benutzung der öffentlichen Gewässer auf und bestand zusätzlich zum Erfordernis der Genehmigung (vgl. Art. 51 I bay WG). Eine derartige Meinung findet auch historisch keinen Ansatzpunkt.

---

1) Das gleiche galt für die zu den geschlossenen Gewässern zählenden Seen, Teiche und Weiher, wenn sie einen regelmäßigen ober- oder unterirdischen Zu-oder Abfluß hatten.
2) RS, Randnr.6 zu Art.50,S.475.
3) Vgl. oben S.239.
4) Eymann - Schubert I,Anm.1 zu Art.50,S.492.

Das Fehlen verfahrensrechtlicher Vorschriften im Anschluß an Art. 50 bay WG läßt vermuten, daß es sich hier um eine polizeiliche Genehmigung handelte, die den Zweck verfolgte, das Gewässer vor den von der Anlage ausgehenden Gefahren und Nachteilen zu sichern, und die daher dem §22 pr.WG[1] entsprach und sich insofern von Art. 77 I WBG unterschied. Das wird jedoch widerlegt durch Art. 178 bay WG, der in verfahrensrechtlicher Hinsicht die Anwendbarkeit der Vorschriften der Gewerbeordnung für gewerbliche Stauanlagen ausdrücklich auf Stauanlagen jeglicher Art erstreckte. Da seit dem Inkrafttreten der Gewerbeordnung ihr Verfahren auch für die Erteilung der wasserrechtlichen Genehmigung nach Artt. 73 ff. WBG galt[2], entsprachen sich die alte und die neue Verwaltungsmaßnahme insoweit. In materieller Hinsicht unterschieden sie sich aber doch, denn aus Art. 51 bay WG folgte - anders als nach dem WBG - auch die Anwendung der §§18, 19 Gew.O. auf die Genehmigung nach Art. 50 bay WG. Daher hatte die Behörde bei der Beantragung zu prüfen, ob die Anlage möglicherweise erhebliche Gefahren, Nachteile oder Belästigungen für die Allgemeinheit mitbrachte, und ob aus diesen oder bau-, feuer- und gesundheitspolizeilichen Gründen besondere Bedingungen aufzuerlegen waren (§18 Gew.O.). Des weiteren mußten die eingereichten Unterlagen offengelegt werden, damit Einwendungen gegen die geplante Anlage vorgebracht werden konnten, die in der bereits beschriebenen Weise[3] zu behandeln waren. Daran sowie an der durch die Erteilung der Genehmigung bewirkten gesicherten Position zeigt sich, daß der Zweck des behördlichen Aktes nach Art. 50 bay WG vor allem darin lag, Nachbarn und Allgemeinheit vor den durch die Anlage drohenden Gefahren zu schützen, sowie dem Unternehmer den Bestand seiner Einrichtung in gewissem Umfang zu garantieren[4].

---

1) Oben S.376 ff., 381 f.
2) Oben S.255.
3) Oben S.394 f.
4) RS, Randnr.7 zu Art.50,S.477.

Diese Zielrichtung der Genehmigung wird dadurch untermauert, daß vor ihrer Erteilung die Vereinbarkeit der erstrebten Anlage auch mit Artt. 44, 45 und 47 bay WG, also den einzelnen nachbarrechtlichen Bedingungen, denen jede Eigentümernutzung unterlag, überprüft werden mußte (Art. 51 II bay WG).

Somit folgt aus Art. 51 bay WG, daß die Entscheidung über die Erteilung der Genehmigung nach Art. 50 bay WG unter wassergesetzlichen wie gewerberechtlichen Aspekten geschah. Beide Bereiche mußten aber sowohl im Tenor als auch in den Gründen getrennt in dem "Einheitsverwaltungsakt" aufgeführt werden[1].

Der Kreis der genehmigungspflichtigen Anlagen und Vorgänge ergab sich aus Art. 50 bay WG; die Formulierung in Art. 51 bay WG, der nur von Anlagen sprach, ist nicht so zu verstehen, daß er eine Einschränkung beinhaltete, da dann das Erfordernis einer Genehmigung für die wesentliche Änderung der Einrichtungen - von Art. 50 bay WG gerade aufgestellt - wieder entfiele. Daraus folgt, daß die materielle Prüfung für alle Anlagen und Vorgänge des Art. 50 bay WG erfolgte, und zwar auch unter den von der Gewerbeordnung aufgestellten Gesichtspunkten, d.h. also nicht nur für Stauanlagen mit Wassertriebwerken, sondern beispielsweise auch für Stauanlagen allein und auch für nicht gewerbliche Einrichtungen.

Genehmigungspflichtig waren nicht nur die von Art. 50 bay WG aufgezählten Tätigkeiten, sondern auch die Wiederherstellung einer völlig zerstörten Anlage. Das folgt daraus, daß die Genehmigung für die Einrichtung erteilt wurde und daher an deren Bestand geknüpft war[2]. Der anderen Ansicht von Brenner - Fergg[3] vermag daher auch dann nicht gefolgt zu werden, wenn die zerstörte Anlage

---

1) RS, Randnr.8 zu Art.51,S.493.
2) RS, Randnr.22 zu Art.50,S.482.
3) Brenner - Fergg, Anm.9 zu Art.50,S.169.

in völlig derselben Weise wieder aufgebaut werden sollte, in der sie zuvor genehmigt bestanden hatte.

bbb) Verleihung und Genehmigungen in Baden

Auch in Baden war die von § 40 Ziff. 1b bad WG 1899 geforderte Verleihung nicht für die Benutzung des Wasserlaufs mit Stauanlagen zu Wassertriebwerken, sondern für deren Errichtung oder ihren Betrieb erforderlich. Die Berechtigung zum Heben und Senken des Wasserspiegels stand den An- und Hinterliegern bereits aufgrund von §17 I bad WG 1899[1] zu. Dem widerspricht auch nicht der §17 II bad WG 1899, der von dem Recht zu Benutzungen redete, das nur durch Verleihung erworben werden konnte, da es sich hier um einen Sammelbegriff für alle von §40 bad WG 1899 umfaßten Vorgänge handelte.

Das Erfordernis einer Verleihung für die genannten Tätigkeiten ist erst durch eine Änderung des Gesetzes aufgenommen worden. Bis zum Jahre 1913 war statt ihrer von den §§ 37, 38 der alten Fassung eine Genehmigung gefordert, durch die behördlich festgestellt wurde, daß dem Unternehmen vom Standpunkt der öffentlichen sowie der gesetzlich zu wahrenden privaten Interessen keine Hindernisse entgegenstanden. Es handelte sich also um eine wasserrechtliche Genehmigung, die derjenigen des Art. 23 bad WG 1876[2] entsprach und die damalige Rechtslage fortsetzte. Zur Abänderung dieser Bestimmungen hatte vor allem der Gedanke geführt, daß auch die natürlichen nicht öffentlichen Gewässer - da im Gemeingebrauch stehend - ein allgemeines Gut seien, an dem der Staat auf eine möglichst vollkommene und auch den größten wirtschaftlichen Nutzen versprechende Auswertung hinarbeiten müsse. Außerdem sollte ihm auch die Befugnis zur Benutzung für eigene Veranstaltungen ermöglicht werden[3].

---

1) Oben S.408.
2) Oben S.281 ff.
3) Wiener, Vorbem. vor § 40, S.94.

Der Rechtsakt der Verleihung umfaßte daher sowohl die bisherige wasserrechtliche Genehmigung, als auch den rechtsbegründenden Behördenausspruch, durch den das Benutzungsrecht im Einzelfall übertragen wurde[1].

Erforderlich war die Verleihung für Errichtung und Betrieb der Anlagen; für den Betrieb mußte sie dann eingeholt werden, wenn das Recht dazu infolge einer mehr als dreijährigen Stillegung erloschen war (§51 II bad WG 1899).

Gemäß §52 I bad WG 1899 war mit der Verleihung die nach den §§16 und 25 Gew.O. erforderliche Genehmigung zu verbinden, d.h. also bei Errichtung und Abänderung der Anlagen. Die Genehmigung durfte nicht aus anderen als den im Gesetz bezeichneten Gründen versagt oder an Bedingungen oder Auflagen geknüpft werden[2]. Aus der Form der Bezugnahme auf die Gewerbeordnung ist zu schließen, daß dieser Behördenakt - anders als in Bayern - nur bei den gewerblichen Anlagen erteilt werden mußte, während die Einholung der Verleihung nicht auf bestimmte, mit der Errichtung verfolgte Zwecke begrenzt war. Der Kreis der dieser Pflicht unterliegenden Tätigkeiten war auch deshalb kleiner als in Bayern, weil er nur Stauanlagen zu Wassertriebwerken, nicht aber beispielsweise Staueinrichtungen allein erfaßte.

Hinsichtlich Verfahren und Wirkung von Genehmigung und Verleihung wurde in §54 I bad WG 1899 auf die Anwendung der §§17-22, 26 Gew.O. verwiesen[3], wobei die nähere Ausgestaltung durch Verordnung geregelt werden konnte (§54 IV bad WG 1899). Für die Verleihung sah das Gesetz eine Abweichung vom gewerberechtlichen Genehmigungsverfahren vor, auf die hier noch nicht näher einzugehen ist. Die Erteilung der Verleihung stand im freien Ermessen der Behörde mit der Maßgabe, daß ein bestimmter Plan und Zweck

---

1) Wiener, S.6.
2) Wiener, Anm.4 zu §52, S.124.
3) Oben S.394 ff.

dem Unternehmen zugrunde liegen mußte (§41 Ziff.1 bad WG 1899). Die Verleihung mußte versagt, beschränkt oder mit Auflagen versehen werden, wenn eine Gefährdung des öffentlichen Interesses oder von Ansprüchen aufgrund privatrechtlichen Titels zu befürchten waren; das wurde nicht abstrakt, sondern beispielhaft und ohne Berücksichtigung des Schemas der Gewerbeordnung, dafür aber in Nachbildung des Art. 32 württ.WG genannt. In der abschließend zu erteilenden Urkunde waren die Modalitäten von Anlage und Betrieb erschöpfend festzulegen (§54 III bad WG 1899). Die Untersagung oder Beschränkung der Ausübung eines durch Verleihung oder Genehmigung erworbenen Rechts verpflichtete die Behörde gemäß §56 III bad WG 1899 dem Unternehmer den erweislichen Schaden in entsprechender Anwendung des §47 bad WG 1899 zu ersetzen.

Für die künstlichen nicht öffentlichen Wasserläufe, deren Benutzung nicht den Bestimmungen von §17 I bad WG 1899 folgte, war für die gleichen Anlagen und Vorgänge lediglich eine Genehmigung erforderlich; darüber hinausgehende Veränderungen gegenüber dem oben Gesagten ergaben sich dadurch nicht.

bb) Die Einbringung flüssiger und fester Stoffe

Auch für diese Tätigkeiten sahen das bayerische und das badische Gesetz besondere Bestimmungen vor; das Ziel, die Gewässer zu schützen, wurde jedoch wieder auf verschiedenen Wegen angestrebt.

In Bayern forderte Art. 37 I bay WG für die Zuführung von Flüssigkeiten oder anderen nicht festen Stoffen, die eine schädliche Veränderung der Wasserqualität bewirken, die Erteilung einer Erlaubnis durch die Verwaltungsbehörde. Strenger geregelt war das Einbringen von festen Materialien, die Qualität, Abfluß und Stand des Wassers nachteilig verändern, wobei vor allem Schutt, Unrat, Tierleichen sowie auch das Einlegen von Flachs und Hanf genannt wurden; diese Nutzungen waren gemäß Art. 38 bay WG

grundsätzlich verboten und konnten nur ausnahmsweise behördlich zugelassen werden.

Das badische Gesetz machte in §40 Ziff. 1a bad WG 1899 die Einleitung oder Abführung flüssiger oder ester Stoffe von einer Verleihung abhängig, wenn durch diese Nutzungen die Wassereigenschaften geändert oder auf Wasserabfluß und -stand nachteilig eingewirkt werden konnte. An den nicht unter die Bestimmungen des §17 I bad WG 1899 fallenden künstlichen nicht öffentlichen Wasserläufen sah §52 aI Ziff. 1 bad WG 1899 die Erteilung einer Genehmigung vor, allerdings nicht für die Benutzung, sondern für die Errichtung einer diesem Zweck dienenden Anlage.

aaa) Gebrauchserlaubnis in Bayern

Ausgehend von dem Gedanken, daß die Gewässer von Natur aus dazu bestimmt seien, nicht nur das natürlich anfallende Oberflächen- und Grundwasser aufzunehmen, sondern auch Haus-, Gewerbe- und Industrieabwässer fortzuleiten, daß aber demgegenüber das Selbstreinigungsvermögen der Flüsse nicht unbegrenzt sei, wurde in Artt. 37,38 bay WG ein Weg gesucht, der entsprechend der jeweiligen Beanspruchung der Gewässer zwischen absolutem Verbot und völliger Freiheit liegt. Dabei ist gegenüber bisherigen Regelungen im WBG[1] eine Zunahme in der Beschneidung der Nutzungsrechte des Eigentümers zu beobachten, zu der die gestiegene Zahl und die erhöhte Intensität der Nutzungen geführt haben und die angesichts der Tatsache, daß die Gewässer dem gemeinen Gebrauche aller geöffnet waren, eine Ausprägung der Sozialbindung des Eigentums darstellten.

Der Art. 37 I bay WG machte die Einleitung von nicht festen Stoffen und Flüssigkeiten der oben genannten Art von einer Erlaubnis abhängig, die in der Literatur bisweilen als Gebrauchserlaubnis bezeichnet wird[2]. Dieser

---

1) Oben S. 249 f.
2) RS, Randnr. 10 zu Art. 37, S. 344; Höhne, S. 107.

Ausdruck kann insofern irreführen, als es sich nicht um den rechtsbegründenden Akt für die Benutzung handelte, den nach heutiger Terminierung eine Gebrauchserlaubnis darstellt. Inhaltlich aber entsprach die behördliche Maßnahme des Art. 37 bay WG der Definition der Gebrauchserlaubnis[1]. Daß Rechtsgrundlage für die Einleitung der wasserschädlichen Stoffe in Privatflüsse das Eigentum war, wird aus §98 IV VVzWG[2] deutlich, der für die Zuführung dieser Flüssigkeiten dann, wenn sie in öffentliche Gewässer geschehen sollte, neben der Erlaubnis nach Art. 37 bay WG noch die nach Art. 42 bay WG verlangte. Ein rechtsbegründender Charakter wird der Erlaubnis des Art. 37 bay WG daher von der Literatur auch einhellig nicht zuerkannt[3].

Dem Zweck des Art. 37 bay WG zufolge bestand auf die Erteilung der Erlaubnis kein Anspruch. Sie mußte versagt oder mit einschränkenden Bedingungen versehen werden, wenn und soweit durch die Zuführung gesundheitliche oder erhebliche wirtschaftliche Nachteile zu besorgen waren und der von der Zuführung zu erwartende Vorteil hinter den möglichen Nachteilen zurückblieb (Art. 37 III bay WG.). Der Antragsteller hatte nur einen Anspruch auf fehlerfreien Ermessensgebrauch, wobei das in Absatz III konkretisierte Gemeinwohl als unbestimmter Rechtsbegriff anzusehen war[4].

Gemäß Art. 37 II bay WG war die Erlaubnis in widerruflicher Weise zu erteilen. Das sah das Gesetz zwingend vor, sodaß unerheblich blieb, ob dem Bescheid ein Widerrufsvorbehalt beigefügt war oder nicht. Abgesehen von

---

1) Oben S.381 ff.
2) Bekanntmachung vom 3.12.1907 den Vollzug des Wassergesetzes für das Königreich Bayern vom 23.3.1907 betreffend (GvBl.S.876).
3) RS, Randnr.49 zu Art.37,S.353 und Randnr.61 zu Art. 42,S.391; Brenner - Fergg, Anm.11 zu Art.37,S.127; Gatterbauer S.40f.,44.
4) RS, Randnr.9 und 32 zu Art.37,S.344 und 350.

dem Fall, daß der Verwaltungsakt ausdrücklich unwiderruflich ergangen und unanfechtbar geworden war, konnte die Erlaubnis nur dann nicht wieder entzogen werden, wenn ihr Inhaber bereits besondere Aufwendungen gemacht und Veranstaltungen getroffen hatte, um die erlaubte Nutzung auch wahrnehmen zu können[1]. Nach einer solchen "Inswerksetzung"[2] verlangt der Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes grundsätzlich die Aufrechterhaltung der Erlaubnis. Ausnahmsweise wird auch hier ein Widerruf zulässig sein, wenn andernfalls eine einen größeren Personenkreis treffende Notlage entstehen würde; das entspricht dem in Art. 40 bay WG liegenden Rechtsgedanken, demzufolge hinter zwingenden Erfordernissen des Gemeinwohls auch rechtsbeständige Positionen Privater zurückstehen müssen[3].

Auch abgesehen von diesen Fällen des Vertrauensschutzes war die Erlaubnis jedoch nicht frei widerruflich; nur die in Art. 37 III bay WG genannten Gründe des Gemeinwohls rechtfertigten einen derartigen Schritt. Neben dem gänzlichen war auch ein teilweiser Widerruf in Form neuer Bedingungen möglich[4]. Wurde durch eine Einleitung das Gemeinwohl nicht berührt, so konnte nur nach Art. 37 IV bay WG vorgegangen und der Unternehmer angehalten werden, soweit es mit der Anlage vereinbar war, Einrichtungen anzubringen, die die schädlichen Wirkungen minderten. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verpflichtete die Behörde auch vor einem Widerruf zu prüfen, ob nicht der Weg über Art. 37 IV bay WG bereits erfolgreich sein würde. Die nachträglichen Auflagen konnten aber immer nur soweit gehen, wie es mit dem ordnungsgemäßen Betrieb der Anlage vereinbar war. Angesichts dieser Widerrufsmöglichkeiten war der Unternehmer nicht darin geschützt, eine erlaubte Einleitung auch in Zukunft stets in diesem

---

1) RS, Randnr.11 zu Art.37,S.344.
2) Forsthoff, S.268f.
3) RS, Randnr.11 zu Art.37,S.344f.
4) RS, Randnr.14 zu Art.37,S.345.

Umfang ausüben zu dürfen.

Das Erlaubnisverfahren bestimmte sich nach Artt. 168-175 bay WG; Beteiligte waren, soweit tunlich, zu hören. Gemäß Art. 168 V bay WG war die Behörde befugt, die Beteiligten einzeln oder durch Ausschreiben im Amtsblatt zu laden mit dem Hinweis, daß Einwendungen bis zu einem bestimmten Termin vorgebracht werden müßten und andernfalls nicht mehr geltend gemacht werden könnten. Die von der Pflicht des Art. 37 bay WG erfaßten Flüssigkeiten und Stoffe bestimmten sich nach dem Schutzzweck der Vorschrift; aus dem gleichen Grunde war es auch unerheblich, ob die Einleitung einmalig, wiederholt oder dauernd ausgeübt wurde.

Das Gleiche galt auch für Art. 38 bay WG, dessen Erlaubnis sich auch in seiner Rechtsnatur von der des Art. 37 bay WG grundsätzlich nicht unterschied. Die Erteilung bildete bei Art. 38 bay WG allerdings die Ausnahme; die Maßstäbe, nach denen die Anträge zu bescheiden waren, bestimmten sich in Ermangelung ausdrücklicher Bemessungsgrundsätze nach denen des Art. 37 bay WG[1].

Die dargestellte Rechtslage war, abgesehen von einer Verschiebung der Schwerpunkte, der preußischen nicht unähnlich, bei der die Tätigkeiten selbst auch auf dem Eigentum beruhten und wegen der Gefahr einer Verletzung schützenswerter Interessen von unterschiedlich erschwerter behördlicher Billigung abhängig waren[2].

bbb) Verleihung und Genehmigung in Baden

In Baden war, wie oben[3] bezeichnet, für flüssige Stoffe wie für feste Materialien unterschiedslos eine Verleihung, bzw. eine Genehmigung erforderlich. Hinsichtlich der Rechtsnatur dieser Institute und ihres Verfahrens bestand

1) RS, Randnr. 10 zu Art. 38, S. 356 f.
2) Vgl. oben zu § 19 pr.WG S.374 f. u. zu § 23 pr.WG S.378 f.
3) Oben S.416.

kein Unterschied gegenüber dem für die Stauanlagen Gesagten[1].

cc) Weitere verleihungs- oder genehmigungspflichtige Benutzungsvorgänge

Für Bayern ist hier zunächst eine Tätigkeit zu nennen, die zwar nicht unter den Begriff der Gewässerbenutzung im engeren Sinne fällt, jedoch mit derartigen Handlungen in einem inneren Zusammenhang steht. Es war dies die Beseitigung von Stauanlagen oder Triebwerken mit gespannter Wasserkraft, also derjenigen Einrichtungen, die, sei es daß sie neu errichtet werden sollten oder bereits seit früherer Zeit rechtmäßig bestanden, gemäß Art. 50 bay WG eine Genehmigung erforderten[2]. Die Beseitigung dieser Anlagen war nach Art. 52 bay WG nur zulässig mit behördlicher Erlaubnis, bei der es sich dogmatisch um eine Genehmigung im Sinne von Art. 50 bay WG handelte[3]. Sie durfte nur im Interesse des Gemeinwohls und nur solange versagt werden, bis die zur Wahrung der Interessen erforderlichen Vorkehrungen getroffen waren. Der Zweck der Vorschrift bestand somit darin, die möglicherweise beträchtlichen Rückwirkungen auf die Verhältnisse am und im Wasser durch die Beseitigung einer solchen Anlage nicht zu Schäden für die Allgemeinheit werden zu lassen; Einzelinteressen Dritter wurden nicht geschützt[4]. Das vor der Erteilung der Erlaubnis von der Behörde zu beachtende Gemeinwohl umfaßte nicht nur wasserwirtschaftliche Aspekte, sondern mit Rücksicht auf die Zielrichtung des Art. 50 bay WG auch polizeiliche Gesichtspunkte[5]. Überwogen bei der Abwägung der Interessen des Unternehmers und der Allgemeinheit die letzteren, so konnte sowohl die fernere Unterhaltung der Anlage als auch ihre

---

1) Oben S.414 f.
2) Oben S.409.
3) RS, Randnr.8 zu Art.52,S.507.
4) RS, Randnr.4 zu Art.52,S.507.
5) Oben S.411.

Überlassung an eine Gemeinde gegen Entschädigung verlangt werden (Art. 60 II bay WG). Einen Anspruch auf Erteilung der Beseitigungserlaubnis hatte der Unternehmer nur dann, wenn die schützenswerten Interessen nicht entgegenstanden. Das Verfahren dieses besser Genehmigung genannten Aktes richtete sich gemäß §131 II VVzWG nach den Artt. 168-175 bay WG.

Eine Verschärfung gegenüber dem WBG[1] führte das bayerische Wassergesetz in der grundlegenden Vorschrift des Art. 48 II ein; sie entsprach den Zeitumständen und fand sich daher - in ähnlicher rechtlicher Gestaltung - auch in §22 I pr.WG wieder[2]. Die Verschärfung betraf die bleibenden Wasserbenutzungsanlagen am oder im Privatfluß, vor deren Herstellung oder Abänderung nunmehr eine Anzeige bei der Behörde erforderlich war. Diese hatte zu untersuchen, ob das Unterfangen nicht dem Gemeinwohl zuwiderlief, das in Art. 48 I bay WG konkretisiert war mit gesundheitspolizeilichen Rücksichten und der Verhütung von Überschwemmungen, Versumpfungen oder Verkehrsbehinderungen. Aus dem Untersuchungsgebot folgt, daß bei der Feststellung von Verstößen deren Beseitigung angeordnet und erzwungen werden mußte[3]. Mit dem Art. 48 II bay WG war der Behörde ein Lenkungsmittel gegeben, das dazu diente, die Ausübung des Eigentums den Erfordernissen des Allgemeinwohls anzupassen, und das so die nötige Harmonisierung auch an den Privatflüssen ermöglichte, die bei den öffentlichen Gewässern bereits durch die Erlaubnispflicht nach Art. 42 bay WG erzielt wurde[4][5].

---

1) Oben S.249, 252.
2) Oben S.376 ff.
3) RS, Randnr.52 zu Art.48,S.463.
4) Oben S.406 f.
5) Riederer - Sieder (RS, Randnr.40 zu Art.48,S.460) sprechen in diesem Zusammenhang davon, daß das Gesetz mit Art.48 einen Ersatz für den bei den Privatflüssen fehlenden Erlaubnisvorbehalt hat schaffen wollen. Dieser Deutung des gesetzgeberischen Willens kann deshalb nicht gefolgt werden, weil die Statuierung einer

Etwas zahlreicher als in Bayern waren die Fälle staatlicher Einflußnahme in Baden. So sah §40 Ziff. 1c bad WG 1899 an den natürlichen und den im Gemeindeeigentum stehenden künstlichen nicht öffentlichen Wasserläufen das Erfordernis einer Verleihung vor für die Be- und Entwässerung sowie für jede andere Nutzung, durch die das Gefälle in einer auf das öffentliche Interesse oder die Rechte anderer erheblich einwirkenden Weise gehemmt, beschleunigt oder abgeändert oder die Menge des Wassers vermehrt oder vermindert wurde. Ob der Gebrauch mit oder ohne Anlagen erfolgte, war unerheblich. Die dargestellten Grundsätze der Verleihung[1] zeigen den Schutzzweck dieser Bestimmung an. Einer Verleihung bedurfte auch der Besitzer einer Wasserbenutzungsanlage, wenn er durch Änderung der Einrichtung oder Betriebsweise seine Nutzungsrechte erweitern wollte (§40 Ziff. 3 bad WG 1899). Das galt jedoch nur bei solchen Anlagen, deren Errichtung ebenfalls verleihungspflichtig war, also Stauanlagen zu Wassertriebwerken (§40 Ziff. 1a bad WG 1899), Anstalten zur Einbringung fester oder flüssiger Stoffe (§40 Ziff. 1b bad WG1899) und Einrichtungen zu den eben genannten Nutzungen nach §40 Ziff. 1c bad WG 1899. Der Besitzer der Anlage brauchte zwar nicht selbst der An- oder Hinterlieger zu sein, er mußte sich jedoch die Verfügung über das betreffende Grundstück jederzeit verschaffen können[2].

Eine Genehmigung mußte derjenige erlangen, der ohne Erweiterung seiner Nutzungsrechte an einer der genannten Anlagen zum Gewässergebrauch eine wesentliche Änderung vornehmen wollte (§52 II Ziff. 2 bad WG 1899). Das betraf neben den natürlichen alle künstlichen nicht öffentlichen Wasserläufe. Als Änderung wurde auch die Beseitigung der Einrichtung angesehen, sofern sie erhebliche Auswirkungen

---

Erlaubnispflicht dem Gesetzgeber auch bei Privatflüssen möglich gewesen wäre, wie sich im badischen Wassergesetz von 1899 wiederholt gezeigt hat.

1) Oben S.414 f.

2) Wiener, Anm.8 zu §40,S.97.

auf öffentliche Interessen oder die Rechte anderer herbeiführen konnte. Diese Regelung entsprach im wesentlichen zwar der bayerischen in Art. 52 bay WG, unterschied sich von ihr jedoch darin, daß auch die Rechte einzelner zu berücksichtigen waren; diese Abweichung folgt zwingend aus den verschiedenen Genehmigungsverfahren, von denen sich das in Baden nach der Gewerbeordnung richtete (§54 I bad WG 1899).

Die Pflicht, für die Änderung von Anlagen um eine Verleihung oder Genehmigung nachsuchen zu müssen, kann mit der bayerischen Rechtslage nicht verglichen werden. Das nicht so sehr wegen des dort umfassenderen Kreises von Einrichtungen, die zur Abänderung der Genehmigung nach Art. 50 bay WG oder Billigung nach Art. 48 II bay WG bedurften, sondern vielmehr deshalb, weil in Baden die Anlage aufgrund des verliehenen Benutzungsrechts bestand und daher bei einer Änderung der Einrichtung stets auf die Auswirkungen im Hinblick auf das Nutzungsrecht geachtet werden mußte.

dd) Die frei zulässigen Benutzungen

Wie die Formulierungen in Art. 44 bay WG und §17 I bad WG 1899[1] erkennen ließen, gingen beide Gesetze von dem Grundsatz aus, daß dem Eigentümer, bzw. An- und Hinterlieger jede Nutzung offenstehe. Daher bedurften alle nicht unter die bisher genannten Ausnahmen fallenden Tätigkeiten zu ihrer Ausübung keiner weiteren sich aus den Wassergesetzen ergebenden Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen.

Das betraf vor allem die Entnahme von Eis, Sand, Kies, Pflanzen oder anderen festen Materialien aus dem Gewässer. Das bayerische Wassergesetz erwähnte das in Art. 26 II Satz 2 zwar besonders, jedoch nur, um die Eigentümer in ihrer Nutzungsmöglichkeit im Rahmen der Zweckbestimmung der öffentlichen Sache zu beschränken, und zwar

---

1) Oben S.407 f.

hinsichtlich nachteiliger Wirkungen für andere, besonders bezüglich der Flußtiefe und der Ufersicherheit. Für Baden waren die genannten Nutzungen in § 20 I bad WG 1899 ausdrücklich festgehalten; das geschah auch hier, um sie unter einen ausdrücklichen Regelungs- und Beschränkungsvorbehalt zu stellen wie in § 19 III pr.WG[1].

Frei zulässig war in Baden, das damit im Gegensatz zu Bayern und Preußen stand, noch die Errichtung, Änderung und Beseitigung von Anlagen, soweit sie nicht zu denen in § 40 Ziff. 1a-c bad WG 1899 gehörten.

Nicht immer standen in Baden die frei zulässigen Benutzungen den An- und Hinterliegern zu. An den künstlichen nicht öffentlichen Wasserläufen des § 3 I bad WG 1899 kamen dafür die Rechtserwerber in Frage. Grundlage ihres Gebrauchs war die privatrechtliche Herrschaft am Wasserlauf, die sich entweder als Eigentum oder als ein nur bestimmte Befugnisse erfassendes Benutzungsrecht darstellte. Das letzte konnte dinglich, aber auch obligatorisch sein. Auch öffentlich-rechtliche Vorgänge kamen zur Begründung von Privatrechten in Betracht. Der häufigste Fall dürfte die Enteignung gewesen sein, bei der der Begünstigte entweder Eigentümer des neu angelegten Wasserlaufs wurde, oder der Grundstückseigentümer durch eine Dienstbarkeit in seinen Rechten beschränkt und zur Durchleitung des Kanals gezwungen wurde[2].

ee) Der materielle nachbarrechtliche Gehalt der Benutzungsvorschriften

Das bayerische Wassergesetz (in Art. 44) und das badische Wassergesetz von 1899 (in § 14 I) enthielten im Gegensatz zur preußischen Regelung[3] die oben bereits erwähnten[4] Grundgedanken zur Ausgestaltung der nachbarlichen Verhält-

1) Oben S.375.
2) Näheres bei Schenkel 02, Anm. 3 zu § 3, S.139 ff.
3) Oben S.383.
4) Oben S.407 ff.

nisse bereits bei der Eigentümer-, bzw. Anliegernutzung selbst. Die unterschiedliche Systematik ist historisch zu erklären, denn anders als das WBG und das badische Wassergesetz von 1876 nannte auch das Privatflußgesetz keine derartige Richtlinie[1]. In den einzelnen Punkten, auf die sich die konkreten Beschränkungen bezogen, die die Nutzungsrechte aus Rücksicht auf die Interessen der Nachbarn erfuhren, stimmten die Normen zwar fast völlig überein, der aus der Systematik folgende Unterschied gegenüber dem preußischen Gesetz lag jedoch darin, daß im bayerischen und badischen die Einzelbestimmungen mehr beispielhaften Charakter hatten, sodaß eine Nutzung, die den konkreten Beschränkungen nicht widersprach immer noch auf ihre Verträglichkeit mit dem allgemeinen Grundsatz zu überprüfen war[2].

Die einzelnen Punkte, auf die sich die Beschränkungen richteten, waren wieder Rückstau, Überschwemmung, Versumpfung, Verunreinigung sowie die Rückleitung. Dabei kann das preußische Wassergesetz nur in Thematik und Zielrichtung neben die Gesetze in Baden und Bayern gestellt werden, nicht aber hinsichtlich der Ausgestaltung des Weges. Die beiden süddeutschen Gesetze entsprachen hier ihren Vorläufern. Rechtstechnisch unterschieden sie sich allerdings darin voneinander, daß das bayerische Wassergesetz in dem Bestreben, alle bestehenden Rechtsverhältnisse unberührt zu lassen, die Nutzungsbeschränkungen ausdrücklich unter den Vorbehalt stellte, daß sie nicht Lokalverordnungen, Herkommen oder besondere Rechtsverhältnisse verletzten (Art. 45 I bay WG).

Hingewiesen sei noch auf die reichseinheitlich gleichen Bestimmungen des BGB.

aaa) Die allgemeinen Beschränkungen

Die allgemeinen Beschränkungen - als Gegenstück zu den

---

1) Oben S.257, 284 f.
2) RS, Randnr. 3 zu Art. 45, S.426.

mit besonderer Rücksicht auf die Zuflußverhältnisse aufgestellten - waren für Bayern in Art. 45 I Ziff. 1 bay WG und für Baden in §14 II, IV bad WG 1899 enthalten.

Verboten war darin zunächst der Rückstau, wenn er für andere (Bayern), bzw. für die Grundstücke anderer (Baden) schädlich ist. Die verschiedenartige Formulierung hatte keine Bedeutung; ebensowenig bestanden Unterschiede in Einzelheiten zwischen den beiden Gesetzen. Die Auffassungen entsprachen denen des vorangegangenen Untersuchungszeitraums[1] und stellten nur auf die Verursachung des Schadens ab, gleichgültig ob dieser dem Ober- oder Unterlieger entstanden, ob nur eigenes oder auch fremdes Eigentum überstaut worden war und ob der Stau bei niedrigerem Wasserstand nicht eingetreten wäre[2]. Den gleichen und noch weitere Schutzzwecke verfolgte §14 IV bad WG 1899, der sich mit Art. 9 III bad WG 1876[3] deckte und wegen der größeren Gefährlichkeit von Stau-, Zu- und Ableitungsanlagen deren Benutzungsberechtigte verfplichtete, die Einrichtungen so zu betreiben, daß weder ein nutzloser Verbrauch, noch eine unnötige Aufstauung des Wassers zum Nachteil anderer Berechtigter eintrat. Eine besondere Verpflichtung für Besitzer von Stauanlagen zur Senkung eines zu hohen Wasserspiegels enthielt zwar auch Art. 55 bay WG, jedoch handelte es sich hier um eine zwingendes Recht enthaltende Vorschrift zur Wasserstandsregelung. Der badischen Schutznorm entsprach vielmehr das in Art. 45 I Ziff. 1 bay WG enthaltene Gebot, nicht zum Nachteil anderer das Wasser nutzlos zu verschwenden oder willkürlich ungleichmäßig auszunutzen; während aber das Verschwendungsverbot hinfällig wurde, wenn der Unternehmer aus dieser Art der Nutzung einen auch noch so geringen Vorteil hatte, war der ungleichmäßige Gebrauch bei Will-

1) Oben S.258, 285.
2) Vgl. RS, Randnr.31f. zu Art.45,S.432f.
3) Oben S.285.

kür stets untersagt[1].

Des weiteren waren die Verursachung von Überschwemmung oder Versumpfung verboten, wobei das badische Gesetz ausdrücklich die Schädlichkeit forderte, während sie im bayerischen Wassergesetz als natürliche Folge des tatsächlichen Vorgangs unterstellt wurde[2]. In Bayern war noch die schädliche Austrocknung, also die künstliche Entziehung der natürlichen Bodenfeuchtigkeit, untersagt; das badische Wassergesetz von 1899 kannte eine derartige Bestimmung zwar nicht, ließ aber diese Auswirkung einer Nutzung dennoch nicht zu, da es sich dabei um einen durch den Grundsatz in §14 I bad WG 1899 verbotenen Eingriff in die Eigentumsrechte anderer handelte. Umgekehrt enthielt das badische Wassergesetz von 1899 das Gebot, das Wasser zum Nachteil anderer nicht zu verunreinigen; die Bestimmung ist erst 1913 in das Gesetz eingefügt worden und sollte nur solchen Verschmutzungen vorbeugen, die ein erhebliches Maß erreichten[3]. Wenn auch dem bayerischen Wassergesetz eine derartige ausdrückliche Vorschrift fehlte, so enthielt es doch das Verbot der Verursachung einer sonstigen Beschädigung fremder Grundstücke und Anlagen und betraf mit dieser Generalklausel alle von den konkreten Begriffen nicht erfaßten nachteiligen Eingriffe in die Rechte Dritter.

Beide Gesetze enthielten noch eine Bestimmung über den Notgebrauch des Wassers, wobei das badische Wassergesetz von 1899 sich in §13 mit der Erwähnung von Feuersbrünsten begnügte, während das bayerische Wassergesetz - eine Regelung des WBG verarbeitend[4] - in Art. 49 auch die Entziehung des für den häuslichen und wirtschaftlichen Bedarf einer Ortschaft unentbehrlichen Wassers erfaßte. Bei

---

1) RS,Randnr.39 zu Art.45,S.434f.; a.A.Harster - Cassimir, Anm.1 Nr.3 zu Art.45,S.293f.
2) RS,Randnr.33 zu Art.45,S.433.
3) Wiener, Anm.2a zu §14,S.57.
4) Art.56 WBG; oben S.272.

der badischen Vorschrift handelte es sich um eine dem Nutzungsrecht innewohnende Beschränkung, wohingegen die bayerische Norm eine Aufsichts- und Eingriffsermächtigung für die Behörde enthielt.

In den anderen Gesetzen in dieser Form nur für die geschlossenen Gewässer geregelt bezog in Baden der §11 bad WG 1899 die Verpflichtung, den natürlichen Ablauf des Wassers nicht zu hindern und zum Nachteil des tiefer liegenden Grundstücks nicht zu verstärken oder zu verändern, auf alle Gewässergruppen.

bbb) Die Gestaltung der Zuflußverhältnisse

Wie im preußischen Wassergesetz[1], so war auch in den bayerischen und badischen Normen eine Unterscheidung zwischen einem allen und einem einigen Benutzern besonders zukommenden Schutz vor der Entziehung von Wasser nicht mehr enthalten. In Baden sah schon früher das badische Wassergesetz von 1876 eine Heraushebung Einzelner in dieser Beziehung nicht vor[2], und auch das WBG zeigte in Art. 61[3] bereits die Abkehr vom bevorzugten Schutz der Triebwerksbesitzer zugunsten stärkerer Berücksichtigung der Interessen der Allgemeinheit.

Der mit dem Rückleitungsgebot in Art. 45 I Ziff. 2 bay WG und §14 III bad WG 1899 bewirkte Schutz vor Wasserentziehung entsprach - auch was die damit zusammenhängenden weiteren Bestimmungen anging - im Wesentlichen den in §43 pr.WG getroffenen Regelungen. Im bayerischen Gesetz wurde das so formuliert, daß dem Wasser, soweit es durch die Nutzung nicht verbraucht war, der Ablauf in das eigentliche Flußbett noch innerhalb der eigenen Grundstücksgrenzen wiedergegeben werden mußte, während das badische Wassergesetz von 1899 sich so ausdrückte, daß Nutzungsberechtigte, die in Ausübung ihrer Befugnisse den Wasserlauf ganz oder

---

1) Oben S.388.
2) Oben S.285 f.
3) Oben S.266 f.

teilweise abgeleitet hatten, durch Zurückleitung des nicht verbrauchten Wassers erforderlichenfalls dafür Sorge tragen mußten, daß wesentliche Beeinträchtigungen anderer Berechtigter vermieden wurden. Der unterschiedliche Wortlaut war nicht nur sprachlicher Natur. Er zeigte, daß das badische Gesetz - auch im Gegensatz zu seinem Vorläufer - von einer stärkeren Beachtung des ableitenden Benutzers ausging. Der Grund dafür lag in dogmatischen wie technischen Belangen. Das badische Wassergesetz von 1899 gestattete den Gebrauch der Wasserläufe nicht nur den An-, sondern erstmalig auch den Hinterliegern. Um diese beiden gleich zu behandeln, mußten auch die rein tatsächlichen Möglichkeiten der Hinterlieger berücksichtigt werden; da diese nicht an den Wasserlauf angrenzen und da für eine optimale Ausnutzung des Gewässers am zweckmäßigsten durch eine Wasserverteilung gesorgt wird, die sich an der natürlichen Lage der zur Nutzung berechtigenden Grundstücke orientiert, konnte eine Pflicht zur Rückleitung bis spätestens am untersten Punkte des eigenen Bodens nicht festgesetzt werden[1]. Auch diese Regelung fußte mithin aber auf dem Gedanken des Gemeinschaftsverhältnisses aller am Gewässer, sodaß sich bis auf den Unterschied in der Lokalisierung der Rückleitungspflicht keine Abweichungen von der bayerischen Regelung ergaben.

In beiden Gebieten war ein gewisser Verbrauch des abgeleiteten Wassers - auch durch Verdunstung oder Versickerung - zulässig. In beiden Gebieten durfte auch sämtliches Wasser abgeleitet, dann aber nicht vollständig verbraucht werden; das folgte zum einen daraus, daß es sich nicht mit der öffentlich-rechtlichen Zweckbestimmung der im Gemeingebrauch stehenden Wasserläufe vereinbaren ließe[2], und zum anderen aus dem Recht des Gegenüberliegers zur

---

1) Schenkel 02, Anm.8 zu §14,S.234.
2) Vgl. auch Artt.48,49 WBG, denen zufolge die Behörde einem völligen Verbrauch entgegenwirken mußte.

gleichheitlichen Benutzung des Wassers (Art. 45 IV bay WG)[1] in Baden, wo eine solche wie die zuletzt genannte Bestimmung fehlen mußte, griff der Grundsatz des "tunlichsten Vorteils und der Vermeidung wesentlicher Beeinträchtigungen sämtlicher Nutzungsberechtigter"[2] ein.

Der so ausgestaltete Schutz galt für alle Gewässerbenutzer ohne Rücksicht auf ihre Rechtsgrundlage gleichermaßen, sofern sie keinen titulierten Zuflußanspruch innehatten.

Ein Recht auf Zufluß von Wasser bestimmter Menge oder Güte aufgrund des Eigentums am Ufer- oder Hinterliegergrundstück wurde ebenso wie in Preußen auch in Bayern und Baden nicht anerkannt. Genau wie dort[3] ist auch hier die Zweigleisigkeit festzustellen, einen möglichen Anspruch entweder aus dem Nutzungsrecht oder aus der Verfügungsmacht über das Wasser selbst abzuleiten.

Auch ohne die Benutzungsarten abschließend zu katalogisieren, wie es das preußische Wassergesetz machte[4], wurde das Recht des Ufereigentümers in beiden süddeutschen Normen für jeden möglichen Gebrauch nur auf das am Grundstück gerade vorüberfließende oder darüberlaufende Wasser beschränkt. Demzufolge erfaßte das Nutzungsrecht nur diese jeweils zur Verfügung stehende Wassermasse; ein Anspruch auf die volle oder nicht verunreinigte Zuleitung des oberhalb vorhandenen Dargebots konnte daraus nicht abgeleitet werden. Diese Ansichten finden sich für Bayern in der Literatur ausdrücklich erwähnt[5] und sind für Baden dem Schrifttum an verschiedenen Stellen zumindest zu entnehmen[6]. Für dieses Land mußte außerdem noch die gegenüber den Anliegern ungünstigere Situation der Hinterlieger bedacht werden, deren Recht sich nur auf die Benutzung des

---

1) Vgl.§43 I Satz 2 pr.WG; oben S.390.
2) Schenkel 02,Anm.8 zu §14,S.234f.
3) Oben S.391 ff.
4) §40 II pr.WG; oben S.371.
5) RS,Randnr.12f.zu Art.45,S.428.
6) Schenkel 02,Anm.6 zu §3,S.150 u.Anm.2 zu §16,S.260f.

Wassers, nicht aber auch auf seine Durchleitung durch fremde Grundstücke erstreckte; hierzu bedurfte es stets einer besonderen Rechtsgrundlage[1].

Auch aus dem Eigentum an der Wassersäule selbst - bei den An- und Hinterliegern ohnehin nicht gegeben - wurde ein derartiger Anspruch nicht hergeleitet; wegen der reichseinheitlichen Geltung des BGB ergaben sich keine landesmäßigen Besonderheiten[2].

Damit steht fest, daß im gesamten Untersuchungsgebiet ein Anspruch auf Zufluß von Wasser bestimmter Menge oder Güte oder die Befriedigung eines solchen Interesses als Ausfluß eines Rechtsreflexes sich nur aus den Schutzgesetzen oder solchen Vorschriften ergaben, die die Tätigkeiten anderer am Gewässer, beispielsweise die Einleitung von Flüssigkeiten, bestimmten Zulässigkeitsvoraussetzungen unterwarfen, oder daß sie auf Anordnungen gestützt werden konnten, die die Behörde in Durchführung ihrer Aufsichtsfunktionen einem anderen Gewässerbenutzer gegenüber getroffen hatte.

ff) Möglichkeiten der Erweiterung der Nutzungsrechte

Die aufgeführten inhaltlichen Beschränkungen der Benutzungsrechte waren nicht unabänderlich.

Das bayerische Wassergesetz enthielt in Art. 45 III die bereits aus Art. 54 III WBG bekannte[3] Erleichterung, daß mehrere aneinandergrenzende Ufergrundstücke als ein einziges betrachtet werden, wenn sich ihre Eigentümer über eine Anlage oder Wasserbenutzung geeinigt haben. Dem badischen Wassergesetz von 1899 fehlte eine derartige Vorschrift.

In den Geltungsbereichen beider Gesetze war es möglich, die Beschränkungen durch besondere privatrechtliche Titel

---

1) Schenkel 02, Anm. 6 zu § 16, S.262 f.
2) Vgl. oben S.392 f. und 259 f.
3) Oben S.269; vgl. auch § 44 pr.WG, oben S.396.

zu beseitigen oder zu mildern; genannt wurden vor allem Verträge, Verjährung und Ersitzung[1]. Dabei waren die Vorschriften des BGB zu beachten[2]. Diese Abweichungsmöglichkeit folgte für Bayern aus Art. 45 I bay WG[3] und für Baden ebenfalls aus dem hier in § 14 I bad WG 1899[4] genannten Grundsatz, aus dem sich ergab, daß die Einwirkung auf fremde Eigentums- oder Benutzungsrechte nur untersagt war, wenn sie rechtswidrig war[5].

Eine der preußischen Regelung der Verleihung[6] nicht ganz unähnliche Möglichkeit enthielt Art. 45 II bay WG; danach konnte die Verwaltungsbehörde eine Ermächtigung zur Abweichung von den Nutzungsbeschränkungen erteilen, und zwar hinsichtlich der allgemeinen dann, wenn der Nutzen den zu befürchtenden Schaden erheblich überwog und eine Entschädigung geleistet wurde und hinsichtlich des Rückleitungsgebots dann, wenn durch die erweiterte Ableitung anderen kein Nachteil entstand oder aber Schadensersatz geleistet wurde. Diese Ermächtigung, deren Erteilung im Ermessen der Behörde stand, wurzelte im Recht der öffentlichen Sachen und verfolgte den Zweck, im gemeinwirtschaftlichen Interesse eine möglichst ausgiebige Wasserausnutzung zu erreichen[7]. Sie war daher auch wesentlich umfassender als ihre Vorgängerin in Art. 54 II WBG[8]. Durch die Ermächtigung wurden dem Begünstigten keine neuen Rechte verliehen, sondern nur die gesetzlich normierten Schranken der Rechtsausübung aufgehoben. Nach Ansicht der Literatur[9] nähert sich ihr Charakter allerdings stark dem der Erlaubnis nach Art. 42 bay WG[10], und der Meinung

---

1) RS, Randnr. 7 zu Art. 45, S.427 f.
2) Siehe oben S.397.
3) Oben S.425.
4) Oben S.408 F., 424 f.
5) Schenkel 02, Anm. 4f. zu § 14, S.229 ff.
6) Oben S.397 ff.
7) Bay.VGH 35, S.4.
8) Oben S.270.
9) RS, Randnr. 50 zu Art. 45, S.437; Brenner - Fergg, Anm. 23 zu Art. 45, S.152.
10) Oben S.407, 410.

Eymann - Schuberts[1], daß durch sie neue Rechte entstehen, die öffentlich-rechtlicher Natur sind und den Weg zum Verwaltungsgericht eröffnen, wird nicht widersprochen[2]. Für das Verfahren zur Erteilung der Ermächtigung galten die Bestimmungen der Artt. 168ff. bay WG[3].

gg) Schutz und Sicherung der am Wasser bestehenden Verhältnisse

Ebenso wie im preußischen Wassergesetz war auch in Bayern und Baden gegenüber den vorangegangenen Normen eine Erweiterung und Differenzierung der staatlichen Aufsichtsfunktionen erfolgt.

In Bayern griffen hier vor allem die Artt. 48, 49 bay WG ein; die Behörden konnten die ihrer ständigen Beaufsichtigung unterliegende Benutzung der Privatflüsse aus Gründen des Gemeinwohls, wie gesundheitspolizeilichen Rücksichten und dgl. durch allgemeine und besondere Anordnungen regeln. Auf die Beschränkung bei Gefährdung des unentbehrlichen Wasserbedarfs nach Art. 49 bay WG wurde bereits hingewiesen[4]. Der Art. 48 II bay WG enthielt eine Anzeigepflicht bei Herstellung und Abänderung bleibender Anlagen, der §14 VI bad WG 1899 eine Auskunftspflicht jedes Berechtigten über seine Wasserbenutzung. Beiden Gesetzen bekannt war der behördliche Ausgleich zwischen den einzelnen Benutzern für den Fall, daß das vorhandene Wasser zur Befriedigung ihrer Bedürfnisse nicht ausreichte (Artt. 65 ff. bay WG; §21 bad WG 1899); die Einzelheiten deckten sich weitestgehend mit denen der preußischen Regelung[5].

Hinsichtlich des Rechtsschutzes war eine dem §21 pr.WG[6] gleichende Bestimmung nicht gegeben. Der Schutz ihrer

---

1) Eymann - Schubert II,Anm.24 zu Art.54,S.917.
2) RS,Randnr.50 zu Art.45,S.437.
3) Oben S.419.
4) Oben S.427 f.
5) Oben S.399 f.
6) Oben S.379 f., 400.

Rechte blieb den Benutzern selbst überlassen. Zuständig waren grundsätzlich die Zivilgerichte; die Ufergrundstückseigentümer von Privatflüssen hatten jedoch einen vor den Verwaltungsgerichten verfolgbaren Rechtsanspruch gegenüber den anderen Eigentümern auf Einhaltung der ihnen in Art. 45 bay WG gezogenen Schranken[1].

c) Die Eigentümernutzung der geschlossenen Gewässer

Hier zeigte sich im bayerischen und vor allem im badischen Gesetz eine größere Beachtung der Interessen der Allgemeinheit als in Preußen und Württemberg.

In Bayern war gemäß Art. 16 bay WG der Grundstückseigentümer zur freien Verfügung im Sinne von §903 BGB an seinem Gewässer befugt. Mangels entgegenstehender Vorschriften mußte ihm auch der vollständige Verbrauch seines Wassers zugebilligt werden. Die Beschränkungen im Verfügungsrecht waren im wesentlichen die gleichen wie im WBG[2] und den anderen damaligen Gesetzen. So war der Eigentümer gemäß Art. 17 I bay WG nicht befugt, einer Quelle in ihrem Abfluß eine andere als die nach der Bodenbeschaffenheit natürlich bewirkten Richtung oder Stärke zu geben, wenn das den Unterlieger belästigte; der Art. 17 II bay WG enthielt die Aufnahmeverpflichtung für das tiefer liegende Grundstück. Abweichende Vereinbarungen waren durch Begründung einer Dienstbarkeit möglich (Art. 17 IV bay WG), jedoch durften auch hierdurch nicht Dritte im Sinne von Art. 17 I bay WG belästigt werden[3]. Die Belange der Allgemeinheit wurden durch Art. 18 bay WG gesichert, demgemäß die Verwaltungsbehörde im Falle, daß es das Gemeinwohl erforderte, eine dem Art. 17 bay WG widersprechende Zuleitung, Wegleitung oder Abwendung des Wassers anordnen oder gnehmigen konnte. Im Interesse der Allgemeinheit waren auch die Vorflutregelungen des Art. 19 bay WG getroffen;

1) Bay. VGH 46,S.91.
2) Oben S.253 f.
3) RS,Randnr.17 u.42ff.zu Art.17,S.168 u.173f.; Duffing,S.26

ihm zufolge unterlag die Zutageförderung oder Ableitung von Grund- und Quellwasser sowie eine Änderung am Abfluß eines Sees oder Weihers der Erlaubnis der Verwaltungsbehörde. Diese Erlaubnis war eine öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung, hatte keinerlei privatrechtliche Wirkung und verlieh dem Begünstigten weder ein privates noch öffentliches Recht[1]. Bestritten war, ob auf die Erteilung der Erlaubnis ein Rechtsanspruch bestand; er wird abgelehnt von Eymann - Schubert[2], Gieseke[3] und dem bayerischen Verwaltungsgerichtshof[4], bejaht dagegen von Harster - Cassimir[5] und Riederer - Sieder[6]. Dem Schutz der Allgemeinheit diente auch Art. 39 bay WG, der in Form einer Generalklausel der Verwaltungsbehörde die Rechtsgrundlage zum Eingreifen bei geschlossenen Gewässern in den in Artt. 37, 38 bay WG genannten Fällen[7] gab.

Stärker eingeschränkt - im öffentlichen wie nachbarlichen Interesse - war das sich aus §4 bad WG 1899 ergebende Eigentümernutzungsrecht in Baden. Auf die Bestimmungen über den natürlichen Wasserablauf in §11 bad WG 1899 wurde bereits hingewiesen[8]. Eine Verunreinigung des Grund- und Quellwassers war - schärfer als in Bayern - verboten (§22 Satz 2 bad WG 1899); vorbehaltlich der auf privatrechtlichem Titel beruhenden Rechte Dritter durfte der Eigentümer diese Wasser auf seinem Grundstück zutage fördern oder ableiten, falls es zu seinen oder zu Gunsten einzelner benachbarter Grundstücke zu vorübergehenden Zwekken oder zur Befriedigung des häuslichen, landwirtschaftlichen oder gewerblichen Kleinbedarfs geschah (§22 Satz 1 bad WG 1899), oder wenn der Eigentümer lediglich zur

---

1) RS,Randnr.32 zu Art.19,S.198; Eymann - Schubert II, Anm.1e zu Art.19,S.677.
2) Eymann - Schubert II,Anm.1e zu Art.19,S.677.
3) Gieseke in Kommunalwirtschaft 1956,S.346 (347).
4) Bay.VGH 41,S.43.
5) Harster - Cassimir, Anm.10 zu Art.19,S.133.
6) RS,Randnr.17 zu Art.19,S.194.
7) Oben S.416 ff.
8) Oben S.428.

Verbesserung seines eigenen Bodens das Wasser fortleitete (§53 I Satz 2 bad WG 1899).

Wurde durch diese Nutzungen einem größeren Personenkreis das für die gleichen Tätigkeiten nötige und anders nur unverhältnismäßig schwierig zu beschaffende Wasser entzogen, so konnte die Behörde den Gebrauch des Eigentümers an einschränkende Bedingungen knüpfen oder ganz untersagen (56 II bad WG 1899); das gleiche galt bei überwiegenden Nachteilen und Gefahren für das Gemeinwohl (§56 I bad WG 1899), womit vor allem die für die Allgemeinheit wichtigen Grundwasserwerke geschützt werden sollten.

Für eine dauernde Benutzung des Grund- und Quellwassers zu anderen als in den §§22, 53 I Satz 2 bad WG 1899 genannten Zwecken bedurfte der Eigentümer einer Genehmigung nach §52 bad WG 1899[1]. Eine solche Genehmigung benötigte auch, wer an einem See, Teich oder Weiher mit regelmäßigen Zu- oder Abfluß eine Benutzungsanlage der in §40 Ziff. 1a-c bad WG 1899 genannten Art[2] errichten oder wesentlich ändern wollte (§52 II bad WG 1899).

In allen diesen Fällen, in denen Benutzungen am geschlossenen Gewässer genehmigungspflichtig waren, fanden die Bestimmungen des §14 I-IV bad WG 1899 entsprechende Anwendung (§14 V bad WG 1899)[3].

III: Über den Gemein- und Anliegergebrauch hinausgehende Benutzungen fremder Gewässer

Abgesehen von den Fällen des Gemein- und Anliegergebrauchs bedurfte die Benutzung nicht eigener Gewässer stets einer besonders eingeräumten Rechtsgrundlage. Nicht eigene Gewässer konnten öffentliche wie private sein. Auch für den

---

1) Oben S.414.
2) Oben S.422.
3) Oben S.424 ff.

vorliegenden Untersuchungszeitraum war zwar noch die frühere Richtlinie feststellbar, daß sich nach der Zugehörigkeit des Gewässers zu der einen oder anderen Gruppe jeweils auch die Art der Benutzungsgrundlage richtete: bei den öffentlichen Wassern wurde sie vom Staat erteilt, bei den nicht öffentlichen beruhte sie auf privatrechtlicher Vereinbarung mit dem Berechtigten. Dieses System hatte jedoch eine wesentliche Durchbrechung erfahren, die eine Folge des Übergreifens von öffentlichem Recht auf die privaten Gewässer war[1].

Für Preußen wird das daran deutlich, daß auch an den den Anliegern gehörenden Wasserläufen der 2. und 3. Ordnung die Benutzungsmöglichkeiten der Eigentümer durch staatlichen Hoheitsakt ebenso auch anderen Interessenten eingeräumt werden konnten (§ 46 I Ziff. 1 pr.WG)[2], und dies sogar unter Fortfall der den Eigentümernutzungsrechten inhaerenten Beschränkungen. Auch für Baden ging die Durchbrechung des Systems einher mit den Einengungen des Eigentümer-, bzw. Anliegergebrauchs, wobei sich das hier dergestalt ausprägte, daß zu bestimmten Tätigkeiten am und im Wasser nur eine ausschließlich vom Staat zu erteilende Rechtsgrundlage befähigte; dabei waren die Fälle, in denen der Staat auch an den privaten Gewässern einem Nichteigentümer Benutzungsrechte oder -befugnisse einräumen konnte, identisch mit denen, für die auch die Eigentümer, bzw. Anlieger einer hoheitlich erteilten Rechtsgrundlage bedurften.

Dieses Übergreifen des öffentlichen Rechts erfaßte in Preußen die Wasserläufe der 2. und 3. Ordnung und in Baden die nicht öffentlichen Gewässer im Gemeingebrauch[3], sodaß - negativ ausgedrückt - nur an den geschlossenen Wassern eine Benutzung keinen rechtsbegründenden Akt von Seiten des Staates voraussetzte; dies traf auch für

---

1) Siehe oben S.360 f.
2) Oben S.369.
3) Oben S.405 f.

Württemberg zu, wo der Kreis der öffentlichen Gewässer ohnehin die privaten, im Gemeingebrauch stehenden der anderen Länder mit einschloß[1].

Konnte somit in Preußen und Baden auch an Privatgewässern auf staatlich erteilter Rechtsgrundlage eine Benutzung augeübt werden, so war das in Bayern[2] nicht der Fall; hier blieb der hoheitliche rechtsbegründende Akt auf die öffentlichen Gewässer beschränkt. Die Erzielung einer Harmonie in den Nutzungen und ihre volkswirtschaftlich günstigste Ausgestaltung an den im Gemeingebrauch stehenden Privatflüssen wurde hier durch eine stärkere staatliche Aufsichts- und Eingriffsfunktion wahrgenommen.

Somit war der sachliche Geltungsbereich staatlich zu erteilender Benutzungsgrundlagen in Bayern am kleinsten und in Württemberg am größten, während Preußen und Baden eine Mittelstellung innehatten, da bei etwa gleichem Gewässerkreis wie in Württemberg der staatlichen Hoheitsgewalt an den privaten Wassern nur bestimmte Nutzungen unterfielen.

Zur Ausübung einer Tätigkeit, die nicht auf die beschriebene Weise einer hoheitlichen Gewährung bedurfte, mußte der Interessent die Grundlage mit dem Berechtigten rechtsgeschäftlich vereinbaren. An öffentlichen wie privaten Gewässern konnte zugunsten des Benutzers der Erwerb einer Rechtsgrundlage vermutet werden.

Während die hoheitlich erteilten rechtsbegründenden Akte gegenüber jedermann wirkten, galten die privaten nur inter partes.

1) Jedermann gegenüber wirksame Rechtsgrundlagen

Durch solche konnte der Begünstigte eine Stellung erhal-

---

1) Oben S.343 ff.
2) Abgesehen von den Staatsprivatflüssen.

ten, die derjenigen entsprach, welche durch die Bewilligung nach §8 WHG eingeräumt wird; es konnte ihm aber auch eine - weniger gefestigte und mit der Erlaubnis nach §7 WHG vergleichbare - Befugnis zuteil werden. Der erste Fall war der weitaus häufigere.

a) Die der Verleihung eines subjektiv öffentlichen Rechts entsprechenden Benutzungsgrundlagen

Kriterium für die Gleichstellung der Rechtsgrundlagen mit der Bewilligung nach §8 WHG ist die Sicherheit der erlangten Position, die sich ausdrückte in der grundsätzlichen Unwiderruflichkeit (auch bei zeitlicher Begrenzung), den Folgen einer dennoch stattfindenden Entziehung sowie dem Schutz des Begünstigten vor Ansprüchen Dritter. Trotz einer gewissen Vielfalt in der Rechtsnatur derartiger Benutzungsgrundlagen im Untersuchungszeitraum hatten ihre Übereinstimmungen im Vergleich zum vorangegangenen Abschnitt zugenommen. Ein auffallender Unterschied zu früher war die Tatsache, daß - wohl zusammenhängend mit dem Zurückweichen der wasserrechtlichen Genehmigung bisheriger Art - nunmehr von den Rechtsgrundlagen selbst anspruchsvernichtende Wirkung gegenüber Dritten ausging.

aa) Rechtsnatur und Verfahren der einzelnen Titel

Die hier zu behandelnden Titel wurden in Preußen, Baden und Württemberg von den Gesetzen als Verleihung bezeichnet. Die bewußte Wahl dieses Begriffes - zumal in einem Land wie Baden, das zuvor diesen Ausdruck nicht kannte - zeigt die Zielrichtung der Gedanken der Gesetzgeber, denn unter der Verleihung wurde - herkommend vom Institut der regalen Verleihung[1] - die Übertragung eines Rechts verstanden, dessen Ausnutzung eine stärkere Einwirkung auf das Gewässer erlaubte als andere Benutzungsgrundlagen. Das bayerische Wassergesetz sprach in Art. 42 von einer Erlaubnis; das ist jedoch kein Hinweis darauf,

1) Oben S.177 ff.

dieses Institut systematisch nicht auch als Verleihung zu werten; angesichts der nicht immer einheitlichen Terminologie des Gesetzes liegt vielmehr der Schluß auf eine Übernahme der Wortwahl des Art. 10 II WBG nahe.

Was die Natur dieser Rechtsinstitute anbelangte, so standen Preußen und Baden der württembergischen Auffassung gegenüber, nach der der Begünstigte kein privates Recht erhielt; die Trennung beruhte auf der unterschiedlichen Eigentumsregelung an den für die Berechtigungserteilung in Betracht kommenden Gewässern. Bayern nahm eine Mittelstellung ein.

aaa) Preußen und Baden

Im Rechtscharakter am nächsten miteinander verwandt waren die Verleihungen im preußischen und badischen Gesetz, wobei anhand der Tatsache, daß die südwestdeutsche Norm die aufgezeigte Systematik erst 1913 eingeführt hatte[1], der Gedanke einer bewußten Anlehnung an das preußische Gesetz erlaubt scheint. Die Rechtsnatur der Verleihung nach §46 pr.WG wurde bereits kurz erörtert[2]. Daß der öffentlich-rechtliche Akt ihrer Erteilung dem Begünstigten ein Privatrecht gewährte, war in der weitaus herrschenden Literatur anerkannt[3] und entsprach auch dem Gesetz selbst, das in §81 I pr.WG die gerichtliche Verfolgung des verliehenen Rechts unter Anwendung der für die Ansprüche aus dem Eigentum geltenden Vorschriften (vor allem also §1004 BGB) zuließ. Die Ansicht Hatscheks[4] und Otto Mayers[5], daß es sich zumindest bei den "öffentlichen" Wasserläufen um die Erteilung eines subjektiv öffentlichen Rechts handelte, findet im Gesetz keinen Anhaltspunkt. Allerdings wird auch von den

---

1) Vgl. oben S.413.
2) Oben S.397 ff.
3) Siehe Fußnote 1 oben S.397.
4) Hatschek, Verw.R.,S.492.
5) O.Mayer, Dt.Verw.R.II,S.96ff.,S.102 Anm.17,S.103 Anm.20.

Vertretern der herrschenden Meinung das Vorhandensein gewisser öffentlich-rechtlicher Komponenten im verliehenen Recht nicht geleugnet[1]; diese zeigten sich z.B. in der Wirkung, daß die Polizei in ihrer Befugnis beschränkt war, zur Wahrung ihrer Interessen einzuschreiten und sie ergaben sich auch aus der Zielrichtung der Verleihung, Gewässer und Interessenten vor Nachteilen durch die Nutzungen zu schützen.

Das durch die Verleihung begründete Privatrecht wurde, da am Wasserlauf bestehend, als Grundstücksrecht angesehen, das jedoch nicht unter die vom BGB zugelassenen dinglichen Rechte einzuordnen war und daher auch von der Literatur übereinstimmend[2] mit einer Grunddienstbarkeit lediglich verglichen wird. Dementsprechend kam auch verliehenen Rechten im Vergleich zu anderen am Wasserlauf bestehenden keine Rangstelle zu. Das galt auch, wenn die Verleihung dem Gewässereigentümer selbst erteilt wurde[3].

Divergierend waren die Meinungen darüber, ob das einer Grunddienstbarkeit ähnliche Privatrecht dann, wenn es an einen Dritten verliehen worden war, eine rechtliche Belastung oder Beschränkung des Grundeigentums des Anliegers sei.

Das wird von einem Teil des Schrifttums bejaht[4], wobei sich für diese Auffassung die Tatsache anführen läßt, daß in §185 II pr.WG die Eintragung des verliehenen Rechts ins Grundbuch ausdrücklich ausgeschlossen war (mit der Ausnahme des §8 III Satz 2 pr.WG) - eine Bestimmung, die bei entgegengesetzter Ansicht - zumindest auf den ersten Blick - entbehrlich gewesen wäre.

---

1) So führen HKS I,Anm.1) zu §81,S.480 aus, daß über den Umfang des verliehenen Rechts auch im Verwaltungsstreitverfahren gestritten und entschieden werden kann.
2) HKS I,Anm.1) zu §81,S.480; Lenhard - Reichau I,Vorbem. II cß vor §46,S.153.
3) Oben S.398.
4) Lenhard - Reichau I,Vorbem.II cß vor §46,S.153.

Das räumen auch die Vertreter der anderen Meinung ein[1]. Sie verneinen eine Beschränkung des Eigentumsrechts mit dem Hinweis auf §50 pr.WG, der nur rein tatsächliche Wirkungen im Auge habe und nicht die Beschränkung oder Beseitigung der Existenz des Rechtes des Anliegers betreffe, sodaß das verliehene Recht nicht zu einem Recht am Grundstück im Sinne des BGB werden könne.

Nach Ansicht des Verfassers trifft das nur im Grundsatz zu, denn gemäß §50 II pr.WG war durch die Verleihung in bestimmten Fällen durchaus ein Eingriff in die Rechte des Eigentümers möglich[2]. Unter diesem Gesichtspunkt ist dann auch die Regelung des §185 II pr.WG nicht mehr entbehrlich.

Dem Rechtscharakter der "preußischen Verleihung" schloß sich derjenige nach §§40 ff. bad WG 1899 an; auch hier erzeugte der staatliche Akt ein privates Nutzungsrecht, das gleichzeitig öffentlich-rechtliche Wirkungen in sich barg. Die Verleihung war, da sie wie in Preußen auch an Gewässern erteilt werden konnte, die nicht dem Staat gehörten, kein Ausfluß eigenen staatlichen Nutzungsrechts, sondern eine Ausprägung seiner Hoheitsgewalt[3]. Auch hinsichtlich der Stellung des verliehenen Rechts zum BGB ergaben sich keine Unterschiede gegenüber Preußen.

Bei aller Ähnlichkeit bezüglich der Rechtsnatur der Verleihungen in den beiden Gesetzen unterschieden sie sich in der Form in einem Punkt voneinander, der für die Erteilung, nicht jedoch für das Bestehen des Rechts grundlegend war. Die Unterscheidung beruhte auf einer Eigentümlichkeit des preußischen Wassergesetzes, das im Interesse des Rechtsschutzes[4] die Behörde zur Erteilung der Verleihung verpflichtete, falls nicht die gesetzlich genann-

---

1) HKS I,Anm.4) zu §50,S.349; Anm.1) zu §81,S.480.
2) Vgl.oben S.399.
3) Wiener, Vorbem.vor §40,S.95.
4) HKS I,Anm.A zu §46,S.307.

ten Gründe entgegenstanden (§47 I pr.WG); ob daraus auf einen Rechtsanspruch des Antragstellers auf Erteilung der Verleihung geschlossen werden konnte, war streitig; teilweise wurde es bejaht[1], teilweise - und wohl richtig - verneint, mit dem Hinweis, daß die Erteilung keine private Einwilligung des Staates, sondern ein öffentlich-rechtlicher Hoheitsakt sei[2]. Im badischen Wassergesetz war die Erteilung der Verleihung dagegen gemäß §41 bad WG 1899 eine Ermessensentscheidung[3].

Ähnlicher waren sich beide Gesetze wieder in der Ausgestaltung des Verleihungsverfahrens, dessen Form von dem Zweck des Rechtsinstituts diktiert wurde, dem Unternehmer ein privates Recht zu geben, das seine Nutzung nicht nur gegenüber privatrechtlichen Angriffen, sondern auch im Hinblick auf polizeiliche Anordnungen festigte.

In Baden richtete sich das Verfahren zur Erteilung der Verleihung gemäß §54 I bad WG 1899 nach den Vorschriften der §§17-22, 26 Gew.O.[4]; dabei konnte die zweiwöchige Einwendungsfrist, die nur für einen auf öffentlich-rechtlichem Titel beruhenden Widerspruch präklusivisch war, bis auf sechs Wochen verlängert werden (§54 II bad WG 1899).

In Preußen war der Antrag auf Erteilung einer Verleihung, dem die erforderlichen Zeichnungen und Erläuterungen beizufügen waren - wenn er nicht offenbar unzulässig war - in ortsüblicher Weise bekannt zu machen (§65 I-III pr.WG) mit dem Hinweis, daß diejenigen, die innerhalb der zwei bis sechs Wochen betragenden Frist keinen Widerspruch gegen die Verleihung erhoben, ihr Recht verlören (§67 II, III pr.WG). Die Offenlegungsfrist hatte somit Ausschlußwirkung gegenüber Einwendungen aufgrund jedweden Titels.

---

1) Duffing, S.23; Kniep, S.18; LWA 1,23 (27).
2) HKS I,Anm.1) zu §47,S.321.
3) Vgl. oben S.414 f.
4) Oben S.394 ff., 414.

Eine Ausnahme galt nur, wenn die von dem Unternehmen ausgehenden Nachteile nicht vorausgesehen wurden oder nicht voraussehbar waren; dabei hatten der Geschädigte den Schaden und der Unternehmer zu beweisen, daß der Mangel der Voraussicht auf Fahrlässigkeit beruhte[1]. Auch dann beschränkte sich der Anspruch aber auf Herstellung schadenverhütender Einrichtungen, bzw. Entschädigung; er verjährte in drei Jahren. Seine Geltendmachung war in jedem Falle ausgeschlossen nach dreißig Jahren seit Beginn der Ausübung des verliehenen Rechts (§§67 I, 82 I, II pr. WG). Wurde Widerspruch eingelegt, so waren die Einwendungen in allen Fällen und ohne Ansehen ihres Rechtsgrundes erschöpfend zu behandeln - bis auf die auf besonderem Privatrechtstitel beruhenden, die zur richterlichen Entscheidung zu verweisen waren (§§ 70 I, II, 82 III pr.WG).

Es zeigt sich, daß das preußische Verleihungsverfahren einheitlicher als das badische, d.h. das gewerberechtliche Genehmigungsverfahren war. Der entscheidende Unterschied bestand darin, daß in Baden die Bekanntmachungsfrist nur für die öffentlich-rechtlichen Titel präklusivisch war und auch die privatrechtlich abgestützten Ansprüche nur im Rahen von §26 Gew.O. konsumiert wurden[2], während in Preußen Ausschlußwirkung und Beschränkung der Ansprüche für Einwendungen jedweden Titels gleichermaßen galten.

Das preußische Verleihungsverfahren ging jedoch auch in seinem Umfang über das badische hinaus. Während hier die Behörde gemäß §18 Gew.O. gezwungen war, eine Versagung auszusprechen, wenn ein Verstoß gegen die dem Nutzungsrecht gezogenen Grenzen (z.B. §14 bad WG 1899, gleichbedeutend mit §§41-43 pr.WG) vorlag, konnte sie hingegen in Preußen gerade erörtern, ob diese Schranken nicht überschritten werden sollten. Dieser Gegensatz war Kern-

---

1) HKS I,Anm.8) zu §82,S.487; vgl. §122 II BGB.
2) Oben S.396.

stück der Unterschiede in der Behandlung von Einwendungen, denen ein auf dem Privatrecht beruhender Titel zugrunde lag.

Hinsichtlich der Kontrolle, ob die beabsichtigte Anlage dem öffentlichen Interesse zuwiderlief, ähnelten sich beide Regelungen allerdings; das galt auch für die Pflicht, von amts wegen zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen zur Verleihung vorlagen: in Preußen bestimmte das §69 I pr.WG, für Baden folgte es aus der Formulierung des §18 Gew.O.

Die dem öffentlichen Recht zuzurechnenden Verleihungshemmnisse nannte das preußische Gesetz in §§49, 57 und 58 pr.WG.

Zu versagen oder nur bedingt zu erteilen war die Verleihung gemäß §49 I pr.WG, wenn der beabsichtigten Benutzung überwiegende Rücksichten des öffentlichen Wohls entgegenstanden. Zwar war für den Begriff des öffentlichen Wohls eine abstrakte Definition von der Literatur nicht gefunden worden[1], Einigkeit bestand jedoch darin, daß er nicht nur rein vermögensrechtliche, bzw. fiskalische Interessen umfaßte[2]. Bei dem öffentlichen Wohl handelte es sich nicht um einen feststehenden, sondern um einen Rechtsbegriff, dessen Auffassung sich nach den wirtschaftlichen und sonstigen Verhältnissen änderte, und der daher jeweils für den Einzelfall zu bestimmen war; er schloß beispielsweise ein: Rücksichten für die Gesundheit[3] und eine ausreichende Wasserversorgung[4], den Schutz vor Verunreinigung[5] und für den Verkehr auf den Wasserläufen[6], sowie die Versorgung einer Ortschaft mit Wasserkraft[7]

---

1) Siehe oben S.375 f.
2) HKS I,Anm.2) zu §49,S.332f.; Landeswasseramt in ZAGr. 4,30 (38f.).
3) LWA 1,15ff.
4) LWA 1,5(7);1,23(29); Landeswasseramt in ZAGr.4,69(72).
5) LWA 3,15(16).
6) Pr.Oberverwaltungsgericht in ZAGr.7,224(226).
7) LWA 4,51(53f.);pr.Oberverwaltungsgericht in ZAGr.7, 228(231ff.).

oder einer industriell wichtigen Gegend mit Betriebswasser[1]. Wenn die der Verleihung entgegenstehenden Interessen des öffentlichen Wohls nicht zu einer Versagung hinreichten, so war sie bedingt zu erteilen. Durch die Bedingungen durfte jedoch das verliehene Recht selbst nicht hinfällig werden; ebenso durften keine rein fiskalischen Leistungen, wie z.B. die unentgeltliche Aufnahme von Abwasser, verlangt werden[2]. Unsicherheit bestand anfangs darüber, ob die Bedingung unter dem Vorbehalt späterer Abänderung oder Ergänzung auferlegt werden durfte, falls ein Bedürfnis dazu entstehen sollte; in der Literatur zunächst noch teilweise bejaht[3], wurde es jedoch ab ca. 1925 von Schrifttum und Rechtsprechung einhellig abgelehnt[4].

Gemäß §57 pr.WG mußte dem Unternehmer, wenn seine beabsichtigte Benutzung den Gemeingebrauch unmöglich machen oder wesentlich erschweren würde und wenn diese Wirkung durch wirtschaftlich vertretbare Einrichtungen verhütet werden konnte, mit der Erteilung der Verleihung zur Bedingung gemacht werden, solche Einrichtungen zu treffen. Waren die Schädigungen unvermeidbar, mußte das Nutzungsrecht unbedingt verliehen werden, es sei denn, die Ausübung wäre mit dem öffentlichen Wohl in §49 pr.WG nicht vereinbar gewesen. Das Gleiche galt gemäß §58 I pr.WG, wenn in landschaftlich hervorragenden Gegenden eine gröbliche Verunstaltung des Bildes verhütet werden konnte.

Diesen Regelungen entsprach die badische Ausgestaltung - wenn auch auf dem Text von Art. 32 württ.WG beruhend - nahezu in jeder Einzelheit. Hier war die Verleihung gemäß §41 Ziff. 2a bad WG 1899 zu versagen, an Bedingungen oder die Erfüllung von Auflagen zu knüpfen, wenn und

---

1) LWA 1,5(9);1,23(32).
2) HKS I,Anm.4) zu §49,S.336.
3) HK I,Anm.3) zu §49,S.287.
4) HKS I,Anm.4) zu §49,S.336; Lenhard - Reichau I,Anm.I 2 zu §49,S.166; LWA 3,33;3,71; Landeswasseramt in ZAGr.4,22(23f.).

soweit von dem beabsichtigten Unternehmen eine Gefährdung des öffentlichen Interesses zu befürchten war. Eine Unterscheidung zwischen öffentlichem Interesse und öffentlichem Wohl kannte das Gesetz nicht; als Beispiele führte es auf: die Schiffahrt und Flößerei sowie den sonstigen Gemeingebrauch, den sicheren Bestand der Ufer und die Befriedigung des notwendigen Bedarfs für die Feuersicherheit oder die häuslichen Zwecke der Bewohner einer Ortschaft und schließlich die Erhaltung hervorragender Naturschönheiten. Anders als in Preußen sah das badische Gesetz vor, daß für den Fall, in dem schadenverhütende Einrichtungen wirtschaftlich nicht gerechtfertigt waren und der von dem Unternehmen erwartete Nutzen den Schaden überstieg, die Verleihung mit der Verpflichtung zum Schadensersatz gegenüber dem Geschädigten erteilt werden konnte (§41 Ziff. 2 bad WG 1899).

Eine solche Schadensersatzverpflichtung konnte auch in den Fällen der dem Privatrecht angehörenden Einwendungsmöglichkeiten auferlegt werden. Diese Pflicht war hinsichtlich der Behandlung von Einwendungen aufgrund privatrechtlichen Titels die einzige Übereinstimmung mit dem preußischen System.

Was die privatrechtlichen Einwendungen anbelangt, so regelte das badische Gesetz diese Fälle entsprechend denen der Gefährdung öffentlicher Interessen. Gemäß §41 Ziff. 1b bad WG 1899 waren wieder Versagung, Bedingungen oder Auflagen vorgesehen, wenn und soweit das Unternehmen andere Grundstücke oder Anlagen erheblich benachteiligen, gefährden oder belästigen würde. Als Beispiele waren genannt: die Versumpfung, Überschwemmung oder sonstige Beschädigung fremden Eigentums, die Gefährdung landwirtschaftlicher Interessen und die Verursachung von Wasserentziehung oder schädlichem Rückstau für rechtskräftig genehmigte Werke. Es handelte sich dabei somit um die auch der Eigentümernutzung auferlegten Beschränkungen[1].

1) Oben S.426 f.

Anders als in Preußen bestand in Baden der Grundsatz, daß sie durch die Verleihung nicht überschritten werden konnten. Die Ausnahmen nannte §41 II bad WG 1899, der darauf abstellte, daß schadenverhindernde Einrichtungen wirtschaftlich nicht gerechtfertigt waren und der von dem neuen Unternehmen zu erwartende Nutzen die Nachteile erheblich überstieg.

Im preußischen Wassergesetz waren für die dem Privatrecht angehörenden Einwendungen die §§50-53 pr.WG einschlägig. Wie bereits kurz angedeutet[1] mußte gemäß §50 I pr.WG dem Unternehmer, von dessen beabsichtigter Nutzung nachteilige Wirkungen zu erwarten waren, die das Recht eines Dritten beeinträchtigten und die durch wirtschaftlich gerechtfertigte Einrichtungen verhütet werden konnten, die Verleihung mit der Bedingung erteilt werden, solche Einrichtungen zu schaffen. Der Begriff des "Rechts" war dabei im weitesten Sinne zu verstehen und umfaßte öffentliche wie private, dingliche wie obligatorische, Eigentums- wie Nutzungsrechte, die auf einem besonderen wie allgemeinen Titel beruhen konnten und nicht unbedingt am Wasserlauf zu bestehen brauchten[2]. Ob nur dingliche und obligatorische Ansprüche gemeint waren, oder auch Schutzrechte, die das Gesetz selbst erst geschaffen hatte, kann angesichts der Regelung des §50 I Satz 3 pr.WG dahingestellt bleiben, nach der für nachteilige Wirkungen der in §41 I, II pr.WG bezeihneten Art[3] dieselben Vorschriften gelten, auch wenn ein Recht nicht beeinträchtigt wird[4]. Daß unter den Beeinträchtigungen grundsätzlich nur solche tatsächlicher Art von der Literatur verstanden wurden, ist schon ausgeführt worden[5].

---

1) Oben S.399.
2) HKS I,Anm.3) zu §50,S.347.
3) Oben S.385.
4) So auch HKS I,Anm.8) zu §50,S.354; abweichend Lenhard - Reichau I,Anm.1c zu §50,S.173.
5) Oben S.442.

Der §50 II pr.WG bestimmte, wie zu verfahren war, wenn verhütende Einrichtungen nicht getroffen werden konnten. Dabei war zu unterscheiden: Widersprach der Benachteiligte der Unternehmung, so war die Verleihung zu versagen. Der Gegenschluß ergibt, daß, wenn - aus welchen Gründen auch immer - nicht widersprochen wurde, die Verleihung in jedem Fall zu erteilen war[1]. Auch bei Widerspruch mußte sie hingegen dann erteilt werden, wenn das Unternehmen anders nicht zweckmäßig durchgeführt werden konnte und der erwartete Nutzen den Schaden des Widersprechenden erheblich überstieg; lag der Einwendung ein auf einem besonderen Titel beruhendes Recht zur Benutzung des Wasserlaufs zugrunde, so mußten zusätzlich Gründe des öffentlichen Wohles für das Unternehmen sprechen. Als "Rechte zur Benutzung des Wasserlaufs" wurden hier von der Literatur[2] dingliche wie obligatorische Ansprüche anerkannt; zwar waren dem preußischen Wassergesetz an dieser Stelle feste Begriffe fremd[3], die Ansicht ergab sich jedoch daraus, daß es keinen Unterschied machen konnte, ob der Berechtigte selbst oder nur ein Pächter widersprach, der das abgeleitete Recht lediglich ausübte. Beruhte es auf einem Rechtsgeschäft mit dem Eigentümer, so befugte es nur zum Widerspruch, wenn es vor dem 1.1.1912 als klagbarer Anspruch entstanden war.

Der §51 pr.WG legte die Entschädigungspflicht fest, wenn nachteilverhütende Einrichtungen im Sinne von §50 pr.WG nicht getroffen werden konnten: der §52 Pr.WG schränkte sie unter bestimmten Voraussetzungen ein. Gemäß §53 pr.WG konnte der Unternehmer verpflichtet werden, fremde Grundstücke oder Anlagen, die infolge seiner Tätigkeiten nicht mehr zweckmäßig benutzbar waren, gegen Entschädigung zu erwerben.

---

1) HKS I,Anm.9) zu §50,S.355.
2) HKS I,Anm.13) zu §50,S.358f.
3) In §§379,380 waren z.B. nur dingliche Rechte gemeint.

bbb) Bayern

In Bayern war, wie erwähnt[1], der sachliche Geltungsbereich der staatlich zu erteilenden Benutzungsgrundlage kleiner als in Preußen und Baden. Das Rechtsinstitut war vor allem in Artt. 42f. bay WG geregelt und wurde als Erlaubnis bezeichnet. Stimmte somit die Terminologie mit Art. 10 II WBG überein, so ließ sich das von den Ansichten über die Rechtsnatur nicht mehr sagen. Daß durch den öffentlich-rechtlichen Akt der Erteilung dem Begünstigten ein privates Nutzungsrecht gewährt wurde, wie es dem Grundsatz nach die herrschende Auffassung zum WBG war[2], galt nicht mehr unbestritten. Auf einen gemischt privat- und öffentlich-rechtlichen Charakter, demgemäß die Erteilung vor allem ein Privatrecht begründete, aber auch öffentlich-rechtliche Wirkungen hatte, wie es für die Verleihungen in Preußen und Baden gesehen wurde[3], wollte sich die Literatur nicht einigen. Die Durchsicht der Meinungen im Verlaufe der Zeit läßt eine Entwicklungslinie erkennen, auf der sich das Schwergewicht von der Betonung des privat- zum öffentlich-rechtlichen Charakter der Erlaubnis verlagert hat.

Gatterbauer[4] wies zur Begründung seiner Ansicht auf den Unterschied zwischen den Erlaubnissen in Artt. 37, 38 bay WG und Art. 42 bay WG hin: für die Benutzung der Gewässer waren die erstgenannten nicht rechtsbegründend; vielmehr bedurfte es dazu an den öffentlichen Wassern gemäß §98 IV VVz WG noch der Erlaubnis nach Art. 42 bay WG[5]. Da an den privaten Wasserläufen für eine Benutzung der in Artt. 37, 38 bay WG bezeichneten Art das Eigentum, bzw. ein von diesem abgeleitetes Recht die Grundlage war, folgerte Gatterbauer, daß die Erteilung der Erlaubnis nach Art.42

---

1) Oben S.438.
2) Siehe oben S.291 f.
3) Oben S.440 ff.
4) Gatterbauer, S.40ff.
5) Oben S.417.

bay WG nicht anders bewertet werden könnte, als wenn der Eigentümer einer Sache sich zugunsten eines Dritten Beschränkungen auferlegte. Der Dritte erwürbe eine private Berechtigung dinglicher Natur auf die eingeräumte Befugnis. War die Erlaubnis unwiderruflich oder auf bestimmte Zeit erteilt, so wäre das Recht eine Dienstbarkeit, bei widerruflicher Gestattung eine privatrechtlichen Schutz genießende prekaristische Bewilligung.

Diese Ansichten finden sich auch bei Harster - Cassimir und Dittmann, die der Erlaubnis aber zusätzlich bereits auch eine öffentlich-rechtliche Seite beimaßen. Harster - Cassimir[1] betonten, daß das Bekenntnis zum staatlichen Privateigentum am Gewässer die Grundlage für die Konstruktion der Benutzungsrechte wäre. Mit der Erlaubnis räume der Staat als Eigentümer im Sinne des Zivilrechts an den ihm gehörenden Wassern die Befugnis zur Benutzung ein; dem stünde die Genehmigung nach Art. 50 bay WG gegenüber, die die polizeiliche Regelung von Umfang und Art der Anlagen und ihres Betriebes im öffentlichen Interesse enthielte. Diese aus dem französischen Recht stammende Unterscheidung wäre vom WBG nicht eingehalten worden[2], würde aber von den neuen Wassergesetzen wieder beachtet. Nach Dittmann[3] hingegen wurden die Nutzungsrechte erst durch den öffentlich-rechtlichen Akt der polizeilichen Genehmigung ins Leben gerufen. Von allen anerkannt wurde jedoch, daß der Staat durch die Erteilung der Erlaubnis auch zum Ausdruck brachte, daß gegen die Nutzung vom Standpunkt des öffentlichen Interesses keine Bedenken bestünden. Hinsichtlich der Natur des erworbenen Rechts deckte sich die Ansicht von Harster - Cassimir und Dittmann mit der Meinung Gatterbauers.

---

1) Harster - Cassimir, Anm.2 zu Art.42,S.270ff.
2) Das ist daraus zu ersehen, daß die Verfahrensvorschriften der Artt.73ff.WBG (oben S.244f.) auch für die Erlaubnis nach Art.10 II WBG (oben S. 293) galten.
3) Dittmann, S.6ff.

Auf die Anschauungen von Harster - Cassimir nahmen Brenner - Fergg[1] Bezug und stimmten ihnen grundsätzlich bei. Sie billigten die öffentlich-rechtliche Seite der Erlaubnis, hielten sie jedoch mit dem Privateigentum des Staates am Gewässer für kaum vereinbar und befürworteten daher die Einführung des öffentlichen Eigentums[2]: bei der Vergabe einer Nutzung sei der Staat dann frei wie ein privater Eigentümer und nur durch die Rücksicht auf die Allgemeinheit gebunden; privatrechtliche Beziehungen zwischen ihm und dem Benutzer bestünden nicht. Bei den Staatsprivatflüssen, deren Gebrauch sich gemäß Art. 46 bay WG ebenfalls nach Artt. 42f. bay WG bemaß, mußten Brenner - Fergg jedoch einen Unterschied machen und sich hier wieder der Meinung von Harster - Cassimir anschließen.

Eymann - Schubert[3], denen zufolge das staatliche Gewässereigentum ein öffentliches war[4], kamen hinsichtlich der Rechtsnatur der Erlaubnis zu demselben Ergebnis wie Brenner - Fergg; es wären rein öffentliche Gesichtspunkte, von denen der Staat sich bei der Erteilung leiten zu lassen habe. Gemäß Art. 43 I bay WG konnte die Erlaubnis widerruflich, auf bestimmte Zeit oder unwiderruflich zugesprochen werden. Im letzten Fall blieb die erteilte Erlaubnis aufgrund von Art. 63 bay WG so lange in Kraft, als die gestatteten Anlagen nicht wesentlich geändert wurden. Da die Bestimmung des Art. 63 bay WG durch Art. 177 Ziff. b bay WG den Verwaltungsrechtssachen unterstellt war, bezeichneten Eymann - Schubert[5] das aus der unwiderruflichen Erlaubnis entstandene Recht als ein öffentliches im Verwaltungsstreitverfahren verfolgbares Recht. Das gleiche galt für die befristete Erlaubnis vor Zeitablauf, nicht jedoch bei Widerruflichkeit; hier läge eine

---

1) Brenner - Fergg, Anm.13 zu Art.42,S.137f.
2) Oben S.355.
3) Eymann - Schubert II,Vorbem.7 vor Art.42,S.876.
4) Oben S.355.
5) Eymann - Schubert II,Vorbem.9 vor Art.42,S.876f.

bloße Gebrauchserlaubnis vor[1]. Nicht anders verhalte es sich bei den Staatsprivatflüssen; das private Eigentum de Staates mache hierbei keinen Unterschied[2].

Aus dieser Ansicht über die Rechtsnatur der Erlaubnis folgte, daß es nicht darauf ankam, ob die Behörde bei der Erteilung auch als Vertreterin des Gewässereigentümers handelte und zugleich dessen Zustimmung zur Nutzung ausdrückte. Primäre Bedeutung hatte allein die Stellung des Staates als Herr der öffentlichen Sache. Durch den hoheitlichen Akt der Erteilung wurde ein Recht zu einer andere Grundlagen übersteigenden Gewässerbenutzung gewährt. Die Erlaubnis hatte die Rechtsnatur einer Verleihung[3].

Dieser Anschauung wird im Grundsatz auch von der jüngsten Literatur und Rechtsprechung gefolgt, obgleich das öffentliche Eigentum des Staates abgelehnt wird. So sehen Riederer - Sieder[4] in der Erlaubnis nach Art. 42 bay WG die Verleihung einer Sondernutzung, wobei sie diesen Charakter auch bei widerruflicher Erteilung anerkennen und der Meinung von Eymann - Schubert über die Gebrauchserlaubnis mit deren Definition[5] widersprechen. Zwar ersetze die Erlaubnis auch die mangelnde zivilrechtliche Verfügungsbefugnis des Interessenten, das Schwergewicht liege jedoch, da die staatlichen Gewässer als öffentliche Sachen angesehen würden, darauf, daß die Erteilung die Feststellung enthalte, die erlaubte Sondernutzung widerspreche nicht der öffentlichen Zweckbestimmung des Gewässers. Die Gewährleistung der Gemeinverträglichkeit der beantragten Sondernutzung wurde als Zweck der Erlaubnis angesehen[6]. Dementsprechend befugte auch ein Wasserbenutzungsvertrag nicht zur Ausübung der Tätigkeit, sondern konnte allenfalls

1) Eymann - Schubert II, Vorbem.33 vor Art.26, S.751 und Vorbem.8 vor Art.42, S.876.
2) Eymann - Schubert II, Vorbem.15 vor Art.42, S.878f.
3) Eymann - Schubert II, Vorbem.14 vor Art.42, S.878.
4) RS, Randnr.8 zu Art.42, S.379.
5) Oben S.381 ff., 416 f.
6) RS, Randnr.9 zu Art.42, S.379; bay VGH 53,176.

einen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis begründen. Ihrem öffentlich-rechtlichen Charakter entsprechend war das durch sie begründete Recht ebenfalls öffentlich-rechtlich; es ermächtigte zu Abwehransprüchen analog §1004 BGB und eröffnete die Möglichkeit, Schadensersatz zu verlangen.

Die Erteilung der Erlaubnis stand wie in Baden im Ermessen der Verwaltungsbehörde. Das Verfahren selbst ähnelte jedoch weniger dem preußischen oder badischen, sondern mehr dem nach Artt. 73ff. WBG[1], sodaß der Meinung Harster - Cassimirs von der Trennung zwischen Erlaubnis und Genehmigung[2] nur unter Vorbehalten gefolgt werden kann. Die einzelnen Bestimmungen enthielten die Artt. 168ff. bay WG.

Danach war der Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln (Art. 168 I bay WG), was anhand der von dem Antragsteller gemäß §§84ff. und §§107ff. VVzWG einzureichenden Pläne geschah. Die Beteiligten, die gegen das Erlaubnisgesuch Einspruch erheben konnten, waren "soweit tunlich[3]" zu hören (Art. 168 II bay WG). Dabei galt als Beteiligter jeder, dessen Recht - mit Ausnahme des Gemeingebrauchs - durch die Aufnahme der nach Art. 42 bay WG verliehenen Sondertätigkeit beeinträchtigt werden konnte[4]. Der Art. 168 V bay WG statuierte eine Ausschlußfrist für die Erhebung von Einwendungen, wobei wegen der einschneidenden Wirkung die Behörde alle ermittelten Beteiligten unter Nennung der Frist und mit dem Hinweis des Verlustes der Durchsetzung des Rechtes zu laden hatte. Dieser Verlust galt für jedes Recht ohne Unterschied des zugrunde liegenden Titels, soweit es von der Erlaubnis berührt wurde. Hatte ein Beteiligter die rechtzeitige Geltendmachung einer Einwendung versäumt, dann blieb er auf Schadensersatzansprüche beschränkt, soweit sein Recht eine Grundlage

---

1) Oben S.244 f.
2) Oben S.451.
3) RS, Randnr.20 zu Art.168,S.1078.
4) RS, Randnr.28 zu Art.43,S.403.

dafür bot[1]. Ein Teil der Literatur[2] erkannte auch die Möglichkeit einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand an.

War hingegen der Erlaubniserteilung innerhalb der Frist widersprochen worden, so mußte mit dem Beteiligten ohne Ansehen seines Rechts verhandelt werden (Art. 168 III bay WG). Die Behandlung der einzelnen Einsprüche ergab die Verfahrensvorschrift des Art. 170 bay WG: wurde eine Einigung erzielt, so konnte die Erlaubnis nach Maßgabe des Ausgehandelten erteilt werden - falls die stets zu beachtenden Interessen der Allgemeinheit gewahrt waren. Ließ sich eine Einigung nicht erreichen, so war der Widersprechende zu verbescheiden; zivilrechtlich begründete Einsprüche konnten aber auch vorbehalten bleiben, oder die Behörde konnte ihretwegen das Verfahren aussetzen. In diesen letzten Fällen mußten die Einsprüche gemäß Art. 170 bay WG auf Privatrechtsverhältnissen beruhen; damit waren sowohl besondere wie auch allgemeine Titel umfaßt, also z.B. Verträge, Eigentum, nachbarrechtliche Vorschriften[3]. Eine Trennung in der Verfahrensweise und den Wirkungen wie in Preußen, Baden und nach §§19, 26 Gew.O. war also nicht vorgesehen. Die Regelung entsprach somit ganz der bereits von den Artt. 73ff. WBG her bekannten Art[4]. Bei den Privatrechtsverhältnissen mußte es sich allerdings um schon bestehende handeln: ein Anwartschaftsrecht wurde als solches angesehen; die Möglichkeit, daß der Einwendende erst als Rechtsnachfolger in das Verhältnis eintreten würde, genügte hingegen nicht[5]. Herrschend war allerdings die Ansicht, diese Fälle später im Rahmen von §26 Gew.O. zu berücksichtigen, der im Bereich von Art. 42 bay WG generell für entsprechend anwendbar gehalten wurde[6].

---

1) RS, Randnr.45 zu Art.168,S.1083.
2) RS, Randnr.44 zu Art.168,S.1083.
3) RS, Randnr.5 zu Art.170,S.1092; nicht ganz unbestritten, vgl. bay VGH 56,10.
4) Oben S.244 f.

ccc) Württemberg

In Württemberg erfaßte der sachliche Geltungsbereich einer Nutzungsverleihung nur die öffentlichen Gewässer. Deckte sich die Terminologie zwar mit Art. 42 bay WG, so entsprach der Umfang wegen der weitgefaßten Definition der öffentlichen Wasser[1] tatsächlich doch den preußischen und badischen Gesetzen.

Die die Verleihung betreffenden Bestimmungen enthielten die Artt. 31ff. württ.WG. Sie setzten fest, daß an den öffentlichen Gewässern besondere Nutzungsrechte erworben werden konnten, die sowohl über den Gemeingebrauch[2] hinausgingen, als auch die erlaubnispflichtigen und bisweilen noch zum Gemeingebrauch gerechneten Tätigkeiten[3] überstiegen. Gemäß Art. 37 württ.WG erhielt der Beliehene ein festes Recht, dessen Charakter sich jedoch dadurch von den vergleichbaren Instituten der anderen Gesetze dieses Zeitraums unterschied, daß es allein dem öffentlichen Recht angehörte; das folgte aus Art. 1 III württ.WG[4] und wurde auch in der Literatur so gesehen[5]. Lediglich die Rechtsprechung hatte es einmal zugelassen[6], daß die Störung von Nutzungsrechten auch vor den ordentlichen Gerichten verfolgt werden konnte. Dieser Auffassung wurde von der Literatur[7] jedoch widersprochen und das Nutzungsrecht ausdrücklich als subjektiv-öffentliches Recht bezeichnet, das keinerlei privatrechtliche Elemente aufweise.

Die Verleihung nach dem württembergischen Wassergesetz

---

5) Eymann - Schubert III,Anm.2 zu Art.170,S.1573.
6) Eymann - Schubert II,Anm.1d zu Art.43,S.896; RS, Randnr.34 zu Art.43,S.409.
1) Oben S.343 f.
2) Oben S.367.
3) Oben S.359 f.
4) Oben S.349.
5) Heller,Anm.1 zu Art.31,S.96; Höhne,S.117; Hofacker,S.36.
6) Urteil des Kompetenzgerichtshofs vom 17.1.1914 in Württ.Jahrb.26,345.
7) Höhne, S.112; Hofacker, S.36f.

wurde zwar als Fortsetzung der regalen Gewährung von Sondernutzungen angesehen[1)2)], nach dem neuen Gesetz stellte sie sich aber nur noch als Betätigung der der Staatsgewalt zukommenden Aufsicht über die öffentlichen Gewässer dar.

Wenn auch das verliehene Nutzungsrecht ausschließlich öffentlich-rechtlich war, so unterschied es sich hinsichtlich des Schutzes, den es dem Berechtigten gewährte, nicht von den Verleihungen der anderen Gesetze: Eingriffen von Privatpersonen gegenüber konnte im Klage-, Anordnungen der Verwaltungsbehörde im Beschwerdewege begegnet werden (der Rechtsnatur entsprechend vor dem Verwaltungsgericht).

Nicht verschieden von den anderen Ländern war auch die Tatsache, daß die Verleihung der rechtserzeugende Akt war, kraft dessen die Tätigkeit wahrgenommen werden durfte; er war nur auf die Begründung des Sonderrechts selbst gerichtet, räumte einem bestimmten Rechtssubjekt eine bestimmte Nutzung ein, befugte aber nicht dazu, auch die erforderlichen Anlagen zu errichten[3)]. Hierzu war gemäß Art. 31 VI württ.WG eine von der Verleihung unabhängige polizeiliche Genehmigung vonnöten.

Von den anderen Gesetzen abweichend war dagegen die Vorschrift des Art. 39 württ.WG, derzufolge das durch die Verleihung begründete Recht mit dem Grundstück oder der Anlage, für die es verliehen worden war, auf den Rechtsnachfolger überging. Damit war zwar eine persönliche Verleihung nicht ausgeschlossen[4)], bildete aber die Ausnahme gegenüber der Regel der Erteilung zugunsten eines bestimmten Grundstücks oder einer Anlage, sodaß das verliehene

---

1) Haller, Anm.4 zu Art.31,S.97.
2) Oben S.177 ff.
3) Abweichend von den anderen Ländern befugte aber in Baden die Verleihung gemäß §40 Ziff.1b bad WG 1899 bei den Stauanlagen zu Wassertriebwerken offenbar auch zu deren Errichtung (oben S.413).
4) Bei den Bewässerungsgenossenschaften (Artt.67ff.,84ff. württ.WG) dürfte sie unumgänglich gewesen sein.

Recht als öffentlich-rechtliches Realrecht bezeichnet werden kann[1].

Die Ausgestaltung des Verleihungsverfahrens entsprach weitgehend den badischen Regelungen. Gemäß Art. 33 württ. WG fanden die §§17-22 und 25 Gew.O. Anwendung. Damit waren die sich auf die Ausschließung von Einwendungen der Beteiligten beziehenden Vorschriften mitumfaßt; die Konsumierung von Ansprüchen behandelte Art. 38 württ. WG, der an die Stelle des §26 Gew.O. trat.

Wie das badische Gesetz wies auch das württembergische einige Modifizierungen der gewerberechtlichen Verfahrensvorschriften auf; die Einzelheiten ergaben sich vor allem aus den §§80ff. Vollz. Verf.. Bei den Abweichungen handelte es sich darum, daß die Behörde auf die Vorlage von Zeichnungen durch den Antragsteller und die öffentliche Bekanntmachung des Antrags verzichten konnte, wenn es nach den besonderen Umständen des Falles[2] unbedenklich erschien (Art. 33 I Satz 2 württ. WG). Unter den gleichen Voraussetzungen konnte sie, wenn gegen die beantragte Verleihung Einwendungen erhoben waren, die Entscheidung über das Gesuch bis zur gerichtlichen Erledigung aussetzen, und zwar nicht nur dann, wenn der Widerspruch auf einem privat-, sondern auch, wenn er auf einem öffentlich-rechtlichen besonderen Titel beruhte (Art. 33 I Satz 3 württ.WG); insoweit ging das württembergische Verfahren über das der anderen Länder hinaus[3].

An die Erörterungen zum badischen Gesetz[4] erinnert die sehr ähnliche Ausgestaltung der Fragen, welche Gesichtspunkte die Behörde vor der Erteilung der Verleihung von Amts wegen zu prüfen und wie sie die Ergebnisse in ihre Entscheidung aufzunehmen hatte. Gemäß Art. 35 I württ.WG

---

1) Haller, Anm.3 zu Art.39,S.119.
2) §§87,88 Vollz.Verf.
3) §§70,82 pr.WG (oben S. 444); Art.170 bay WG (oben S.455) §19 Gew.O.
4) Oben S.446 f.

mußte sie das verliehene Nutzungsrecht aus Rücksicht auf das gemeine Wohl, zur Wahrung gemeinwirtschaftlicher Interessen und zum Schutz der Rechte und Interessen Dritter mit Bedingungen versehen; diese waren in die Urkunde aufzunehmen.

Was unter dem gemeinen Wohl verstanden wurde, ergab sich vor allem aus Art. 32 III württ.WG, der die Behörde zur Versagung der Verleihung verpflichtete, wenn die Ausführung des Unternehmens eine erhebliche Schädigung der Belange der Schiffahrt, des sicheren Bestandes der Ufer, der Befriedigung des notwendigen Bedarfs für die Feuersicherheit oder für die häuslichen oder wirtschaftlichen Bedürfnisse der Bewohner einer Ortschaft, eine unverhältnismäßige Verunreinigung des Wassers oder eine unvollständige Ausnutzung der Wasserkräfte mit sich bringen würde. Die Aufzählung war nur beispielhaft.

Der Begriff der gemeinwirtschaftlichen Interessen wurde ebenfalls nur exemplarisch konkretisiert in Art. 63 I Ziff. 2 württ.WG: die Verbesserung und Werterhöhung landwirtschaftlich benutzbarer Grundflächen, die Beschaffung von Arbeitsgelegenheit oder die Beseitigung schwerer hygienischer oder sonstiger allgemeiner Mißstände. Gemeinwirtschaftliche Interessen spielten auch bei Wasserkraftanlagen zur Gewinnung elektrischer Energie eine Rolle[1] und konnten zur Festsetzung eines staatlichen Mitwirkungsrechts bei der Preisgestaltung führen[2].

Die Rechte und Interessen Dritter mußten gemäß Art. 32 IV württ.WG zur Versagung der Verleihung führen, wenn sie durch deren Erteilung in erheblichem Maße benachteiligt, gefährdet oder belästigt würden; bei der Nennung von Beispielen für die Schutzgüter stimmte die Vorschrift nahezu wörtlich mit §41 Ziff. 1b bad WG 1899 überein[3]. In der

1) §94 Vollz.Verf.
2) Haller, Anm.5 zu Art.35,S.112f.
3) Oben S.447.

Literatur[1] wurde darauf hingewiesen, daß die Behörde an dieser Stelle auch Überlegungen darüber anzustellen hatte, ob der Wasserschatz zur Befriedigung der Bedürfnisse aller Beteiligten ausreichte.

Wie die obigen Formulierungen zeigen, betrachtete der Gesetzgeber die Erteilung der Verleihung nicht als Ermessensangelegenheit; dennoch wurde ein Rechtsanspruch auf die Gewährung abgelehnt mit der Begründung, er sei mit den Grundsätzen über die Rechtsnatur der öffentlichen Gewässer[2] unvereinbar[3].

Die Vorschrift des Art. 38 württ.WG, die die Konsumierung nachbarlicher Ansprüche regelte, bezog sich nicht auf diejenigen, die auf einem besonderen Titel, wie Vertrag oder Dienstbarkeit, beruhten. Auch hinsichtlich der Beschränkung des Klageziels auf Schutzvorrichtungen, bzw. Schadloshaltung stimmte sie mit §26 Gew.O. überein. Sie wich aber von ihm dadurch ab, daß sie den Eigentümern oder Besitzern der beeinträchtigten Grundstücke ein Klagerecht immer zugestand, wenn es ihnen kraft Gesetzes gewährt war; durch diese Formulierung wurden die öffentlich-rechtlichen Ansprüche aus Wassernutzungsrechten den privatrechtlich-nachbarrechtlichen gleichgestellt[4]. Das bedeutete, daß derjenige, der aufgrund einer Verleihung klageweise gegen eine benachteiligende Einwirkung vorging, die von einer kraft Verleihung und Genehmigung errichteten Wasserbenutzungsanlage ausging, ebenfalls darauf beschränkt war, Schutzvorrichtungen oder Schadloshaltung zu verlangen. Er blieb damit zwar hinter jemandem zurück, der sich in Baden in der entsprechenden Lage befand[5], war aber dennoch besser gestellt als in Preußen, wo er bereits nach der Offenlegungsfrist sein Recht grundsätzlich nicht mehr gel-

---

1) Haller, Anm.6 zu Art.35,S.113.
2) Oben S.345.
3) Duffing, S.35.
4) Haller, Anm.2 zu Art.38,S.117.
5) Oben S.443.

tend machen konnte[1], oder als in Bayern, wo er nach Fristablauf stets nur noch auf einen Schadensersatzanspruch beschränkt blieb[2] und in Hessen-Darmstadt, wo der Bekanntmachungszeitraum immer präklusivisch war[3]. Gemäß Art. 38 II württ.WG erlosch das Klagerecht binnen zehn Jahren nach Herstellung des der Verleihungsurkunde entsprechenden Zustandes. Gegenüber §26 Gew.O., der sich nur auf Stauanlagen für Wassertriebwerke bezog, dehnte Art.38 württ.WG das Klagerecht ausdrücklich auf alle Wasserbenutzungsanlagen aus, die unter Art. 31 württ.WG fielen; damit sollten auch diese vor späteren Beseitigungsklagen möglichst geschützt und landwirtschaftliche Anlagen in die Regelung mit einbezogen werden.

Gegenüber den anderen Wassergesetzen dieses Zeitraums wies das württembergische noch die Besonderheit auf, daß neben dem Erwerb eines Sondernutzungsrechts durch Verleihung die unvordenkliche Verjährung stand, die den Beweis des Rechtserwerbs ersetzte. Das widersprach nach Ansicht der Litératur[4] nicht dem BGB, da dieses nicht die Geltung der unvordenklichen Verjährung auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts beseitigt hatte. Besondere Bedeutung dürfte das Institut jedoch nicht mehr gehabt haben, da mit dem Vollzug der Verfügungen über die Wasserrechtsbücher[5] und die Wasserschau[6] von einer unvordenklichen Verjährung tatsächlich nicht mehr gesprochen werden konnte. Lediglich Rechte, deren Verjährungsfrist in dem kurzen über den 1.1.1900 hinausgreifenden Zeitraum bis zum Vollzug der Verfügungen beendet wurde [7], galten noch als erworben.

---

1) §67 I,II pr.WG; oben S.443 f.
2) Oben S.454.
3) Oben S.321.
4) Haller, Anm.5 zu Art.31,S.97.
5) Verfügung des Ministeriums des Innern, betreffend die Wasserrechtsbücher, vom 4.11.1901 (Reg.Bl.S.309).
6) Verfügung des Ministeriums des Innern, betreffend die Wasserschau, vom 6.11.1901 (Reg.Bl.S.361).
7) Vgl. oben S.301.

bb) Die Nutzungen im einzelnen

Die der Verleihung eines Rechts bedürfenden Nutzungen wurden in einigen Gesetzen abschließend, in anderen nur beispielhaft aufgeführt.

Der ersten Gruppe war das preußische Wassergesetz zuzurechnen, das in § 46 I Ziff. 1-4 pr.WG die einzelnen Benutzungsarten abschließend aufzählte.

Zu diesen gehörten aufgrund von § 46 I Ziff. 1 pr.WG vor allem die gemäß § 40 II pr.WG den Eigentümern zustehenden Möglichkeiten[1]. Da der dort in Ziff. 1 verwendete Begriff des "Gebrauchs" nur Einwirkungen auf die Substanz des Wassers selbst meinte, konnten Rechte zu Tätigkeiten, die nicht darunter fielen[2], ebensowenig verliehen werden wie solche zur ausschließlichen Benutzung des Bettes, also zur Entnahme von Sand, Kies, Steinen und zum Schilf- oder Rohrschnitt[3][4]. Ob und wieweit aufgrund eines Rechts zur Benutzung des Wassers auf das Bett mit eingewirkt werden durfte, war streitig. Der Teil der Literatur, der der Ansicht war, das durch die Verleihung begründete Recht erstrecke sich auf den Wasserlauf als Ganzes[5], räumte ein, daß der Begünstigte über das Flußbett insoweit verfügen dürfte, als es zur Ausübung des verliehenen Rechts erforderlich wäre. Eine andere Auffassung[6] bezeichnete das in dieser Verallgemeinerung als irrig. Auch sie gestand aber zu, daß beispielsweise zur Senkung des Wasserspiegels (§ 40 II Ziff. 3 pr.WG) ein Recht zur Vertiefung des Bettes verliehen werden konnte[7][8]. Da auch für die

---

1) Oben S.371.
2) Siehe die Beispiele oben S.371.
3) Fischereirechte konnten ebenfalls nach § 46 I pr.WG nicht verliehen werden.
4) HKS I, Anm. 2) zu § 46, S.310; Kreutz, S.30.
5) HKS I, Anm. 5) zu § 46, S.311.
6) Lenhard - Reichau I, Anm. 3)a) zu § 46, S.156.
7) Lenhard - Reichau I, Anm. 4) zu §46, S.158 i.V.m.Anm. III 3) zu §40,S.132; so auch HKS I,Anm.6) zu §46,S.312.
8) Vgl. auch unten S.481.

Verleihung eines Nutzungsrechts die allgemeinen Vorschriften der §§19ff. pr.WG galten, war die Erteilung nur unter Beachtung der dort beschriebenen Voraussetzungen zulässig[1]; z.B. war die Verleihung eines Rechts zum Einbringen fester Stoffe (§19 pr.WG) oder zum Röten von Flachs und Hanf (§20 pr.WG) nicht möglich.

Gemäß §46 II pr.WG wurde eine Verleihung nicht erteilt, wenn die Benutzung unter den Gemeingebrauch fiel oder wenn sich die Rechte aus anderen gesetzlichen Vorschriften ergaben. Daß diejenigen, denen der Wasserlauf gehörte, nur in den über §§40 II ff. pr.WG hinausgehenden Fällen Subjekt der Verleihung sein konnten, wurde bereits dargelegt[2]. Inwieweit §46 II pr.WG in diesem Zusammenhang im Rahmen von §§22, 23 pr.WG sich auswirkte, wurde ebenfalls schon gesagt[3]. "Rechte" im Sinne von §46 II pr.WG waren des weiteren die den Eigentümern oder Dritten aufgrund der Aufrechterhaltungsvorschriften zustehenden sowie die nach §900 BGB ersessenen. Immer mußte es sich um ein solches Recht handeln, das die gleiche rechtliche Wirkung wie ein verliehenes ausübte[4].

Außer den so umgrenzten Benutzungsmöglichkeiten konnten durch Verleihung noch Rechte zum Bau von Hüfen und Stichkanälen (§46 I Ziff. 2 pr.WG), zum Aufführen von Anlegestellen mit baulichen Vorrichtungen von größerer Bedeutung (§46 I Ziff. 3 pr.WG) und zur Anlegung kommunaler oder gemeinnütziger Badeanstalten (§46 I Ziff. 4 pr.WG) erworben werden.

Zur Gruppe der Gesetze, die die verliehenen Nutzungsrechte abschließend aufzählten, gehörte auch das badische Wassergesetz. Dabei war zwischen den öffentlichen Gewässern

---

1) Oben S.374 ff.
2) Oben S.397 f.
3) Oben S.378 f.
4) Einzelheiten und Aufschluß über die Frage, ob obligatorische Rechte zu §46 II pr.WG gehören: bei Lenhard - Reichau I,Anm.3)b) zu §46,S.157; HKS I,Anm.12 zu §46, S.317f.; Bergdolt, S.177.

und den natürlichen nicht öffentlichen Wasserläufen zu unterscheiden.

An den öffentlichen Wassern bedurfte jede Benutzung einer Verleihung, die - den Gemeingebrauch übersteigend - mittels besonderer Anlagen im oder am Gewässer ausgeübt werden sollte (§40 Ziff. 2a bad WG 1899); Beispiele wurden in §56 III VB genannt. Eine Verleihung erforderte auch der Fährbetrieb (§40 Ziff. 2b bad WG 1899).

An beiden genannten Gewässergruppen war die Verleihung von Rechten vorgesehen für die Einleitung oder Abführung flüssiger oder fester Stoffe, die die Eigenschaften des Wassers ändern oder nachteilig auf Abfluß und Stand einwirken konnten (§40 Ziff. 1a bad WG 1899). Bei Stauanlagen zu Wassertriebwerken war bereits für die Errichtung[1], bzw. den Betrieb[2] des Werkes die Verleihung nötig (§40 Ziff. 1b bad WG 1899). Nicht ohne die Rechtserteilung benutzt werden konnte ein Wasserlauf, wenn es mittels Veranstaltungen geschah - z.B. zur Be- oder Entwässerung -, die in einer öffentliche Interessen oder Rechte anderer erheblich betreffenden Weise das Fließen hemmten, beschleunigten oder sonst abänderten sowie die Wassermenge vermehrten oder verminderten (§40 Ziff. 1c bad WG 1899).

An beiden Gewässergruppen waren wesentliche Änderungen von Anlagen oder deren Betriebsweise von einer Verleihung abhängig, wenn das Wasserbenutzungsrecht erweitert werden sollte (§40 Ziff. 3 bad WG 1899)[3].

An- und Hinterlieger der natürlichen nicht öffentlichen Wasserläufe bedurften zu den genannten Nutzungen der Verleihung nur, wenn sie ihre Rechte aus §17 I bad WG 1899[4] überschreiten wollten - eine an §46 II pr.WG erinnernde Regelung.

---

1) Im Gegensatz zu Preußen und Württemberg.
2) §51 II bad WG 1899; oben S.413, 414.
3) Bei wesentlicher Änderung ohne Erweiterung des Rechts: §52 II Ziff.2 bad WG 1899; unten S.467 f.
4) Oben S.408.

Nicht mehr abschließend waren die Fälle staatlicher Nutzungsverleihung in Württemberg geregelt. Eine Reihe bezeichnender Beispiele in dem maßgeblichen Art. 31 württ. WG stellte das württembergische Wassergesetz jedoch noch in die Nähe der beiden anderen Normen. Aus diesen Beispielen und anhand der Tätigkeiten, die zum Gemeingebrauch gehörten und der Verleihung unzugänglich waren, läßt sich die Gruppe der Nutzungen, für die ein Sonderrecht erforderlich war, eingrenzen.

Die Benutzungen, die einer der Gebrauchserlaubnis nahekommenden, zwischen Gemeingebrauch und Sonderrecht einzuordnenden Zulässigkeitsvoraussetzung[1] bedurften und in Artt. 17, 18, 22, 23 württ.WG genannt wurden, waren von der Verleihung eines Nutzungsrechts grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Das ergibt sich aus Art. 31 V württ.WG, der die Begründung eines Rechts zur Einleitung von übelriechenden, ekelhaften oder schädlichen Flüssigkeiten durch die Verleihung ausdrücklich verbot[2]. War zwar die Erteilung eines Sonderrechts zur Entnahme von Sand oder Kies aus dem Gewässer (Art. 18 I württ.WG) durchaus möglich, so wird von der Literatur[3] jedoch gefordert, daß die Nutzung dann zumindest einen größeren Umfang haben müsse.

Die Hauptanwendungsfälle der Verleihung nannte Art. 31 württ.WG selbst, indem er sie in Abs. III für jede Wasserbenutzung forderte, die durch eine Stauanlage vermittelt wurde; die am häufigsten vorkommenden führte er in Abs. II auf: zu Triebwerken[4], zur Bewässerung oder sonstigen Wasserentnahme sowie zu Bade- oder Waschanstalten. Da dies nur Beispiele waren, wurden von der Literatur[5] Tätigkei-

---

1) Vgl. oben S.359 f.
2) Der Gesetzgeber wollte hier die Möglichkeit entschädigungslosen Widerrufs der Erlaubnis wahren; Haller, Anm.18 zu Art.31,S.99.
3) Hofacker, Mitteilungen, S.26.
4) Also nicht wie in Baden die Errichtung des Werkes

ten zu den genannten Zwecken auch dann zu den verleihungsbedürftigen Sondernutzungen gerechnet, wenn sie ohne bleibende Vorrichtungen, aber in größerem Umfang betrieben wurden. Stauanlagen, die nicht einer speziellen Wasserbenutzung, sondern z.B. der Flußregulierung oder der Bildung von Fischteichen dienten, fielen gemäß §78 Vollz.Verf. nicht unter Art. 31 württ.WG und unterlagen den speziell bestehenden Vorschriften. Verleihungsbedürftig war hingegen aufgrund von Art. 31 IV württ.WG jede Änderung einer zum Kreis der Sondernutzungen zählenden Tätigkeit, soweit es sich nicht um eine bloße Einschränkung des Gebrauchs handelte[1].

Noch knapper gehalten war die Beschreibung der Nutzungen, für deren Ausübung ein Recht verliehen worden sein mußte, im bayerischen Wassergesetz.

Gemäß Art. 42 bayWG war eine Erlaubnis nötig für jede Wasserbenutzung, die - unbeachtlich ihrer Druchführung - den Gemeingebrauch[2] überstieg. Von diesem Erfordernis wird von Riederer - Sieder[3] nur die Entnahme von Eis, Sand, Kies, Steinen, Schlamm, Erde und Pflanzen aus dem Flußbett ausgenommen; sie ist gemäß Art. 26 II bay WG eine sog. "kleine Nutzung" und von einer Gebrauchserlaubnis abhängig[4]. Als Spezialnorm geht nach Ansicht von Riederer - Sieder Art. 26 II bay WG dem Art. 42 bay WG vor.

Gleichgültig, ob zum Gemeingebrauch gehörend oder ihn übersteigend, bedurfte des weiteren jede Nutzung einer Erlaubnis, die mittels einer besonderen Anlage im oder

---

(vgl.oben S. 464 ,S.457 Fußnote 3 u.S.413 f.), sondern wie in Preußen die Benutzung des Wassers.

5) Hofacker, Mitteilungen, S.26.

1) Bei bloßer Einschränkung des Gebrauchs: Art.31 VI württ.WG; unten S.469f.Vgl.die ganz ähnliche Regelung in Baden:oben S.464 und unten S.467 f.

2) Oben S.364 f.

3) RS, Randnr.2 zu Art.42,S.357f.

4) So auch Eymann - Schubert II,Anm.13)a) zu Art.26,S.771.

am Gewässer erfolgte (Art. 42 bay WG). Dabei waren trotz einem mißverständlichen Beispiel in Art. 42 bay WG nicht die Anlage und ihre Errichtung oder Änderung der Verleihungspflicht unterworfen, sondern die Benutzung selbst[1]. Diese mußte so geartet sein, daß sie zu ihrer Wahrnehmung einer Anlage bedurfte. Deren Umfang und technische Ausgestaltung waren belanglos[2], ausschlaggebend war, daß die Einrichtung dem Zweck der Benutzung zu dienen bestimmt war; auf Nebenfolgen kam es dabei ebenfalls nicht an. Beispielhaft zählte das Gesetz in Art. 42 bay WG die wichtigsten Möglichkeiten auf: Triebwerke ohne gespannte Wasserkraft, Aus- und Einleitungen, Schöpfwerke, Bade- und Waschhäuser.

Einer Erlaubnis bedurften auch die Abänderungen solcher Anlagen, wobei auch hierunter wieder die Änderung der Benutzung aufgrund der Änderung der Anlage verstanden werden mußte[3].

cc) Weitere Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen

Da auf Reichsrecht beruhend war einheitlich im gesamten Untersuchungsgebiet für die Errichtung von Stauanlagen zu gewerblichen Wassertriebwerken gemäß §§23, 16ff. Gew.O. eine gewerbepolizeiliche Genehmigung zusätzlich zur Verleihung erforderlich; die wesentlichen Merkmale des Erteilungsverfahrens sind bereits dargestellt worden[4].

Darüberhinaus waren in allen Ländern mit Ausnahme Preußens im Zusammenhang mit den verleihungspflichtigen Nutzungen auch aufgrund der Wassergesetze bisweilen weitere Rechtsinstitute vorgeschrieben.

Für Baden kam hier §52 II Ziff. 2 bad WG 1899 in Betracht: sollte eine nach §40 bad WG 1899 verleihungspflichtige

---

1) RS, Randnr.51 zu Art.42,S.389.
2) Vgl. dazu oben S.293 f.
3) RS, Randnr.64 zu Art.42,S.392.
4) Oben S.394 ff.

Wasserbenutzungsanlage wesentlich geändert werden, ohne das Gebrauchsrecht dabei zu erweitern[1], so war hierzu eine Genehmigung einzuholen. Das gleiche galt für die Beseitigung der Anlage, sofern dadurch erhebliche Einwirkungen auf öffentliche Interessen oder die Rechte anderer möglich waren[2]. Über das Verfahren der Genehmigung ist bereits gesprochen worden[3].

Im bayerischen Wassergesetz wurde durch Artt. 50, 51 bay WG die Pflicht nach §§23, 16 ff. Gew.O. erweitert. Einer Genehmigung bedurfte die Errichtung jeglicher Stauanlagen oder Triebwerke mit gespannter Wasserkraft, ohne Beschränkung auf die gewerblichen Einrichtungen. Das gleiche galt für die Änderung der Vorrichtungen selbst, bzw. ihrer Hauptteile, wenn das Menge und Art des Wasserverbrauchs oder Gefälle und Höhe des Oberwassers beeinflußte. Wenn auch diese Genehmigung zusammen mit der Erlaubnis zur Gewässerbenutzung erteilt wurde, so war gemäß Art. 51 I bay WG in der Urkunde über beide jedoch gesonderter Ausspruch zu treffen. Das Verfahren der Genehmigung und die von der Behörde dabei zu beachtenden Gesichtspunkte sind schon erläutert worden[4], ebenso auch die Tatsache, daß auch die Beseitigung von Stauanlagen oder Triebwerken mit gespannter Wasserkraft genehmigungspflichtig war (Art. 52 bay WG)[5].

Noch in einem zweiten Fall trat in Bayern zur Erlaubnis nach Art. 42 bay WG bei bestimmten Benutzungen ein weiteres Rechtsinstitut hinzu. Es handelte sich um die Erlaubnis nach Art. 37 bay WG, die für die Zuführung von Flüssigkeiten oder anderen Stoffen, die der Wasserqualität schadeten, erforderlich war. Sollte diese Nutzung an öffentlichen Gewässern ausgeübt werden, so mußte gemäß §93 IV

---

1) Vgl.§40 Ziff.3 bad WG 1899; oben S.464.
2) Vgl.oben S.422 f.
3) Oben S.414 f.
4) Oben S.411 f.
5) Oben S.420.

VVzWG um die Erteilung beider "Erlaubnisse" nachgesucht werden. Der §107 VVzWG, der zu den die Einzelheiten des Verfahrens regelnden Bestimmungen gehört, verlangte in diesem Fall in Ziff. b) bei der Beantragung des Nutzungsrechts nach Art. 42 bay WG die Einreichung genauer Pläne über Art, Umfang und technische Gestaltung der beabsichtigten Zuleitung. Das gleiche wird in den Fällen der Einbringung fester Stoffe, die nachteilig auf Wasserabfluß, -stand und -qualität einwirkten, gegolten haben. Zwar war hier die Erteilung der nach Art. 38 bay WG erforderlichen Erlaubnis die Ausnahme, und zwar war sie, wie dem §101 II VVzWG entnommen werden kann, vor allem auf kleingewerbliche und landwirtschaftliche Betriebe beschränkt, es muß aber angesichts ihrer im Grundsatz dem Charakter der Erlaubnis nach Art. 37 bay WG gleichenden Rechtsnatur[1] davon ausgegangen werden, daß - auch ohne ausdrückliche Regelung in der VVzWG - die Ausnahmebewilligung nach Art. 38 II bay WG ebenfalls keine nach irgendwelchen anderen Bestimmungen erforderlichen Rechtsakte ersetzte[2]. Erteilungsverfahren und Natur der Erlaubnisse nach Artt. 37, 38 bay WG wurden oben schon dargestellt[3].

Auch das württembergische Wassergesetz kannte im Rahmen der hier zu untersuchenden Gewässerbenutzungen einen Fall, in dem zur Verleihung des Nutzungsrechts ein weiterer staatlicher Akt hinzutreten mußte; es handelte sich - wie oben schon kurz angedeutet[4] - um die gemäß Art. 31 VI württ. WG für die zur Herstellung und Änderung der verleihungspflichtigen Wasserbenutzungsanlagen[5] erforderliche Genehmigung. Wie in Baden[6] und bei einigen Anlagen auch in Bayern war sie ebenfalls einzuholen für Einschrän-

1) Oben S.419.
2) So auch - allerdings ohne Begründung - RS, Randnr.17 zu Art.38,S.357.
3) Oben S.416 ff.
4) Oben S.457.
5) Oben S.465 f.
6) Oben S.468.

kung und Beseitigung der Anlage' - und damit auch der Nutzung[1]. Des staatlichen Aktes bedurfte darüberhinaus jede wesentliche Änderung des durch die Genehmigungsbedingungen geregelten Betriebes (Art. 31 VI württ. WG). Anzuwenden war der Art. 31 VI württ.WG auch auf die vor dem Geltungsbeginn des Gesetzes zugelassenen Wasserbenutzungsanlagen[2]. Im einzelnen waren die Genehmigungspflichtigen Einrichtungen in §79 Vollz.Verf. aufgeführt; Haller[3] erwähnt noch, daß auch Wasserwerke ohne Stauanlage hierzu gehörten.

Die Genehmigung diente dem Zweck der Beachtung der Interessen der Allgemeinheit und dem Schutz der Rechte und Belange Dritter[4]. Ihr Verfahren bestimmte sich gemäß Art. 33 II württ. WG nach dem für die Verleihung vorgeschriebenen[5]. Das galt auch für die Genehmigung ohne gleichzeitige Erteilung des Nutzungsrechts, was vor allem bei älteren Anlagen aufgrund früherer Privatrechte vorgekommen sein wird.

dd) Die Stellung des Rechtsinhabers gegenüber dem Staat

Die Stellung des Begünstigten dem Staat gegenüber war in den einzelnen Ländern nicht mehr so unterschiedlich wie noch im vergangenen Untersuchungszeitraum. Die Annäherung traf auch im Verhältnis zwischen dem württembergischen Wassergesetz und denen der anderen Länder zu und wird am deutlichsten im Bereich der Entschädigungsregelungen[6].

aaa) Nachträgliche Beschränkungen und Entziehung des verliehenen Rechts

Ein verliehenes Nutzungsrecht kann auf zweierlei Weise eingeengt oder wieder vernichtet werden: unmittelbar durch

---

1) Haller, Anm.19 zu Art.31,S.100.
2) Haller, a.a.O.
3) Haller, a.a.O.
4) Haller, a.a.O.
5) Oben S.458 ff.
6) Vgl. dazu die Bestimmungen im bad WG 1876; oben S.305f.

Entziehung oder Beschränkung des Rechts selbst und mittelbar durch die Neuzulassung einer mit der früheren Nutzung kollidierenden Tätigkeit.

Die Art der Regelung des unmittelbaren staatlichen Einwirkens auf die gewährte Stellung ist abhängig von der grundsätzlichen Dauer der Verleihung. Hierbei zeigte sich folgende Abstufung:

Für Württemberg war aus der Bestimmung des Art. 35 III württ.WG zu schließen, daß die Verleihung in der Regel ohne zeitliche Beschränkung zu erteilen war; das wurde auch von der Literatur[1] so gesehen.

In Baden und Preußen konnte die Verleihung für dauernd oder auf Zeit erteilt werden (§46 bad. WG 1899; §47 II pr. WG). Die Entscheidung darüber lag in beiden Ländern im Ermessen der Behörde; für Baden sollte die zeitliche Begrenzung die Ausnahme sein[2], für Preußen an Wasserläufen 1. Ordnung nach Auffassung der Literatur[3] die Regel. Die Verleihungsdauer richtete sich in beiden Ländern nach der Art der beabsichtigten Benutzung; Grundsatz für die Bemessung war, es dem Unternehmer zu ermöglichen, sein Werk wirtschaftlich zu begründen und zu betreiben[4]. In Preußen konnte gemäß §47 IV pr.WG ein Unternehmer, dem die Verleihung nur auf Zeit erteilt war, nach Fristablauf ihre Verlängerung beanspruchen, soweit nicht überwiegende Rücksichten des öffentlichen Wohls oder solche von überragender wirtschaftlicher Bedeutung entgegenstanden.

In Bayern schließlich setzte Art. 43 I bay WG fest, daß die Erlaubnis in der Regel auf bestimmte Zeit oder widerruflich[5] zu erteilen war. Damit wurde zwar nicht ausge-

---

1) Haller, Anm.12 zu Art.35,S.113.
2) Wiener, Anm.4 zu §46,S.115.
3) HKS I,Anm.3) zu §47,S.325f.
4) Born, Anm.zu §47,S.61; LWA 2,184(191f.); HKS I,Anm.3) zu §47,S.324f.,m.w.N.
5) In Preußen war ein Widerrufsvorbehalt bei der Erteilung unzulässig, da er mit der Rechtsnatur der Verleihung

schlossen, daß ein Nutzungsrecht auch für dauernd verliehen werden konnte, es wurde durch die Vorschrift aber zum Ausdruck gebracht, daß dies wegen der oft nicht zu übersehenden Auswirkungen der unterschidlichen Gebrauchsarten, wegen des engeren Aneinanderrückens der einzelnen Benutzer und wegen der meist noch ungeklärten künftigen Anforderungen an den Wasserschatz nur noch in Ausnahmen der Fall sein sollte[1]. So war die zur Geltungszeit des WBG bestehende Regelung unwiderruflicher Gewährung[2] in ihr Gegenteil verkehrt worden - nachdem allerdings die Praxis schon vor der Jahrhundertwende mehr und mehr in diese Richtung gegangen war[3].

Zwischen dieser Abstufung in der zeitlichen Dauer, für die das Sonderrecht verliehen werden konnte, und den nachträglichen Eingriffen des Staates läßt sich im Grundsatz folgendes Verhältnis erkennen: je weniger eine zeitliche Begrenzung der Verleihung die Regel war, desto umfassender und freier war die Befugnis der Verwaltung zu nachträglicher Entziehung oder inhaltlicher Beschränkung des Rechts.

In Württemberg setzte Art. 45 württ.WG fest, daß eine Wassernutzung, die für das Wohl der Allgemeinheit solche Nachteile oder Gefahren mit sich brachte, daß ihnen gegenüber das Recht gar nicht in Betracht kam[4], auch bei Einhaltung der Verleihungs- und Genehmigungsvorschriften jederzeit ganz oder teilweise untersagt und die Beseitigung der Anlage angeordnet werden konnte. Diese Entziehung bezog sich sowohl auf die gemäß Artt. 31 ff. württ.WG ver-

---

als unvereinbar angesehen wurde (HKS I,Anm.3) zu §47, S.326), im Gegensatz zu Baden (§47 III Ziff.1 bad WG 1899), wo er für Einleitung oder Abführung fester oder flüssiger schädlicher Stoffe als Regel galt (Wiener, Anm.3 zu §47 III,S.118).

1) RS, Randnr.11 zu Art.43,S.402.
2) Oben S.292.
3) Bay VGH 25,130.
4) Haller, Anm.3 zu Art.45,S.139.

liehenen[1] als auch auf die nach Art. 1 III württ.WG gleichgestellten wohlerworbenen Rechte[2)3)]. Aufgrund von Art. 45 III württ.WG mußte der Schaden, den der Berechtigte durch diese Maßnahmen erweislich erlitten hatte, ersetzt werden.

Auch die zu den Zwangsverpflichtungen gehörende Vorschrift des Art. 63 württ.WG ermöglichte die Entziehung verliehener oder wohlerworbener Rechte. Diese konnten zugunsten neuer Wassernutzungen genommen oder eingeengt werden, wenn es aus ganz überwiegenden wirtschaftspolitischen Gründen und im Interesse des gemeinen Wohls als gegeben erschien. Grundgedanke des Art. 63 württ. WG war es, die für die Allgemeinheit möglichst vorteilhafte und vollständige Ausnutzung der Wasserkräfte zu fördern. Das kam in den Voraussetzungen, unter denen der Eingriff zulässig war, zum Ausdruck: das begünstigte Unternehmen mußte gegenüber dem abzulösenden Wassernutzungsrecht von wesentlich übergeordneter wirtschaftlicher Bedeutung (Art. 63 I Ziff. 3 württ.WG) und vermöge seiner Ausdehnung und seines Zweckes für breite Kreise nutzbringend und segensreich sein (Art. 63 I Ziff. 2 württ.WG) sowie bei seiner Errichtung durch das bestehende Nutzungsrecht erheblich gestört werden (Art. 63 I Ziff. 1 württ.WG).

Nach anfänglicher Ansicht in der Literatur[4] ließ Art. 63 württ.WG nur die ganze, nicht auch eine teilweise Entziehung der Nutzungsrechte zu; ungefähr seit 1925 wurde dieser Meinung jedoch nicht mehr gefolgt und auch der bloße Teileingriff, der in der Praxis die Hauptrolle spielte, für zulässig erachtet[5]. Die Entziehung war entschädigungspflichtig, wobei hinsichtlich deren Art und Maß in Art. 64 III württ.WG auf die Artt. 8-15 des Zwangsent-

1) Oben S.456 f.
2) Haller, Anm.1 zu Art.45,S.139.
3) Oben S.349.
4) Haller, Anm.6 zu Art.63,S.191.
5) Hofacker, Mitteilungen, S.46.

eignungsgesetzes[1] verwiesen wurde. In der Literatur[2] sah man diese Verweisung als Schwäche an und wies zur Begründung vor allem darauf hin, daß die für die Entschädigung bei der Grundstücksenteignung vorgesehenen Vorschriften angesichts einer Entziehung von Nutzungsrechten zu eng seien.

Strengere Maßstäbe wurden in Baden an die Entzeihung des Sonderrechts gestellt. Kernvorschrift der weitgehend an die Regelungen im badischen Wassergesetz von 1876[3] erinnernden Bestimmungen war §47 bad WG 1899. Er setzte fest, daß an öffentlichen wie nicht öffentlichen Gewässern die Verleihung jederzeit - gleichgültig, ob sie zeitlich begrenzt oder unbegrenzt erteilt war - aus Gründen des öffentlichen Interesses gegen Entschädigung widerrufen werden konnte (§47 I bad WG 1899). Die Höhe des Entgelts bemaß sich nach dem Zeitwert der Anlage (§47 II bad WG 1899). Ein öffentliches Interesse an der Entziehung des Sonderrechts wurde, wie aus der Literatur[4] zu ersehen ist, nur angenommen, wenn Maßnahmen zugunsten eines öffentlich-rechtlichen Verbandes getroffen werden sollten. Den ausnahmsweisen entschädigungslosen Widerruf beschreibt §47 III bad WG 1899: er war möglich, wenn er bei der Verleihungserteilung ausdrücklich vorbehalten worden war, wenn der Unternehmer schuldhaft wesentlichen Bedingungen der Verleihung beharrlich zuwiderhandelte oder wenn in einem Zeitraum von drei Jahren die Anlagen, bzw. ihr Betrieb so wesentlich abgeändert worden waren, daß sie von der Verleihung nicht mehr erfaßt wurden. Gegenüber seinem Vorgänger zeigte sich in diesem Gesetz bei der Entschädigung eine Umkehrung im Regel-Ausnahme-Verhältnis.

---

1) Württembergisches Zwangsenteignungsgesetz vom 20.12.1888 (Reg.Bl.S.446) mit den Abänderungen und Ergänzungen durch Artt.209,210 des Ausführungsgesetzes zum BGB vom 20.7.1899 (Reg.Bl.S.488).
2) Hofacker, Mitteilungen,S.46f.; siehe auch Haller, Anm. 8 zu Art.63,S.191f.
3) Oben S.305 f.
4) Wiener, Anm.2a zu §47,S.117.

Wiederum etwas enger waren die Vorschriften im Preußen. In §84 I pr.WG wurde die Zurücknahme der Verleihung für den Fall ermöglicht, daß überwiegende Nachteile oder Gefahren für das öffentliche Wohl durch die Ausübung des verliehenen Rechts hervorgerufen wurden. Dabei mußte es sich um solche Nachteile und Gefahren handeln, die durch die Benutzung des Wasserlaufs aufgrund des Sonderrechts herbeigeführt wurden[1]. In der Regel wird das nach Veränderungen der natürlichen Beschaffenheit des Wasserlaufs oder der wirtschaftlichen Verhältnisse der Fall gewesen sein. So kann beispielsweise die Wassermenge eines Flusses geringer werden und für die Verdünnung zugeleiteter Abwässer nicht mehr ausreichen, oder es kann ein Unternehmen einer im sanitären Interesse erforderlichen Trinkwasseranlage im Wege stehen. Die Entziehung des verliehenen Rechts war nur gegen vollständige Entschädigung zulässig; ersetzt werden mußte nicht nur der tatsächliche Schaden, sondern auch entgangener Gewinn[2)3)]. Eine entschädigungslose Zurücknahme sah §85 pr.WG vor, und zwar dann, wenn die Verleihung erschlichen worden war und überwiegende Nachteile und Gefahren für das öffentliche Wohl herbeigeführt hatte, wenn der Unternehmer die Ausübung des verliehenen Rechts aufgegeben hatte oder es obsolet geworden war sowie bei Zuwiderhandlungen gegen Bedingungen der Verleihung.

In Bayern war die Entziehung oder Schmälerung der Sondernutzungserlaubnis des Art. 42 bay WG in Art. 43 III, IV bay WG geregelt; dabei behandelte Abs. III die dauernde und Abs. IV die zeitlich begrenzte Beschneidung. Zwar war in Abs. III nur von der unwiderruflich erteilten Erlaubnis die Rede, der die zeitlich begrenzte vor Fristablauf gleichgestellt wurde, jedoch war deren Entziehung von den gleichen materiellen Voraussetzungen abhängig, wie sie im

---

1) HKS I,Anm.1) zu §84,S.493.
2) Allerdings nur Vermögensschäden; §§252,253 BGB.
3) HKS I,Anm.9) zu §84,S.494.

eignungsgesetzes[1] verwiesen wurde. In der Literatur[2] sah man diese Verweisung als Schwäche an und wies zur Begründung vor allem darauf hin, daß die für die Entschädigung bei der Grundstücksenteignung vorgesehenen Vorschriften angesichts einer Entziehung von Nutzungsrechten zu eng seien.

Strengere Maßstäbe wurden in Baden an die Entzeihung des Sonderrechts gestellt. Kernvorschrift der weitgehend an die Regelungen im badischen Wassergesetz von 1876[3] erinnernden Bestimmungen war §47 bad WG 1899. Er setzte fest, daß an öffentlichen wie nicht öffentlichen Gewässern die Verleihung jederzeit - gleichgültig, ob sie zeitlich begrenzt oder unbegrenzt erteilt war - aus Gründen des öffentlichen Interesses gegen Entschädigung widerrufen werden konnte (§47 I bad WG 1899). Die Höhe des Entgelts bemaß sich nach dem Zeitwert der Anlage (§47 II bad WG 1899). Ein öffentliches Interesse an der Entziehung des Sonderrechts wurde, wie aus der Literatur[4] zu ersehen ist, nur angenommen, wenn Maßnahmen zugunsten eines öffentlich-rechtlichen Verbandes getroffen werden sollten. Den ausnahmsweisen entschädigungslosen Widerruf beschreibt §47 III bad WG 1899: er war möglich, wenn er bei der Verleihungserteilung ausdrücklich vorbehalten worden war, wenn der Unternehmer schuldhaft wesentlichen Bedingungen der Verleihung beharrlich zuwiderhandelte oder wenn in einem Zeitraum von drei Jahren die Anlagen, bzw. ihr Betrieb so wesentlich abgeändert worden waren, daß sie von der Verleihung nicht mehr erfaßt wurden. Gegenüber seinem Vorgänger zeigte sich in diesem Gesetz bei der Entschädigung eine Umkehrung im Regel-Ausnahme-Verhältnis.

---

1) Württembergisches Zwangsenteignungsgesetz vom 20.12.1888 (Reg.Bl.S.446) mit den Abänderungen und Ergänzungen durch Artt.209,210 des Ausführungsgesetzes zum BGB vom 20.7.1899 (Reg.Bl.S.488).
2) Hofacker, Mitteilungen,S.46f.; siehe auch Haller, Anm. 8 zu Art.63,S.191f.
3) Oben S.305 f.
4) Wiener, Anm.2a zu §47,S.117.

Wiederum etwas enger waren die Vorschriften im Preußen. In §84 I pr.WG wurde die Zurücknahme der Verleihung für den Fall ermöglicht, daß überwiegende Nachteile oder Gefahren für das öffentliche Wohl durch die Ausübung des verliehenen Rechts hervorgerufen wurden. Dabei mußte es sich um solche Nachteile und Gefahren handeln, die durch die Benutzung des Wasserlaufs aufgrund des Sonderrechts herbeigeführt wurden[1]. In der Regel wird das nach Veränderungen der natürlichen Beschaffenheit des Wasserlaufs oder der wirtschaftlichen Verhältnisse der Fall gewesen sein. So kann beispielsweise die Wassermenge eines Flusses geringer werden und für die Verdünnung zugeleiteter Abwässer nicht mehr ausreichen, oder es kann ein Unternehmen einer im sanitären Interesse erforderlichen Trinkwasseranlage im Wege stehen. Die Entziehung des verliehenen Rechts war nur gegen vollständige Entschädigung zulässig; ersetzt werden mußte nicht nur der tatsächliche Schaden, sondern auch entgangener Gewinn[2)3)]. Eine entschädigungslose Zurücknahme sah §85 pr.WG vor, und zwar dann, wenn die Verleihung erschlichen worden war und überwiegende Nachteile und Gefahren für das öffentliche Wohl herbeigeführt hatte, wenn der Unternehmer die Ausübung des verliehenen Rechts aufgegeben hatte oder es obsolet geworden war sowie bei Zuwiderhandlungen gegen Bedingungen der Verleihung.

In Bayern war die Entziehung oder Schmälerung der Sondernutzungserlaubnis des Art. 42 bay WG in Art. 43 III, IV bay WG geregelt; dabei behandelte Abs. III die dauernde und Abs. IV die zeitlich begrenzte Beschneidung. Zwar war in Abs. III nur von der unwiderruflich erteilten Erlaubnis die Rede, der die zeitlich begrenzte vor Fristablauf gleichgestellt wurde, jedoch war deren Entziehung von den gleichen materiellen Voraussetzungen abhängig, wie sie im

---

1) HKS I,Anm.1) zu §84,S.493.
2) Allerdings nur Vermögensschäden; §§252,253 BGB.
3) HKS I,Anm.9) zu §84,S.494.

Vorbehalt der nur widerruflich erteilten Erlaubnis genannt werden mußten. Den Ausschlag gaben zwar stets die Verhältnisse des Einzelfalles, generell mußten jedoch überwiegende Gründe des Gemeinwohls für die Entziehung oder Schmälerung des Rechts sprechen[1]. Dauernde wie zeitweise Entziehung oder Schmälerung der Erlaubnis wurden als Enteignung angesehen und waren grundsätzlich[2] entschädigungspflichtig. Die Verweisung in Art. 43 III bay WG auf die Artt. 154-156 bay WG bewirkte, daß sich Zulässigkeit und Umfang der Entziehung im einzelnen sowie die Höhe der Entschädigung in erster Linie[3] nach dem Zwangsabtretungsgesetz vom 17.11.1837[4] richteten.

Der Begriff des öffentlichen oder gemeinen Wohls wurde zwar in allen Ländern als Entscheidungsrichtlinie gebraucht, über seine Auslegung bestanden jedoch sehr unterschiedliche Vorstellungen. So war es in Württemberg im Gegensatz zu Bayern nicht zulässig, eine Erlaubnis deshalb zu widerrufen, weil an ihrer Stelle eine volkswirtschaftlich wertvollere Nutzung vorgenommen werden sollte[5]. Weist dieses Beispiel die Regelungen der beiden Länder als Gegenpole aus, so zeigt die Tatsache, daß ein Widerruf zugunsten einer Wasserbenutzungsanlage zu allgemeinen Versorgungszwecken in Bayern nur in Ausnahmefällen ergehen sollte[6], daß das bayerische auch gegenüber dem preußischen Gesetz das strengere war.

Mittelbar auf bestehende Nutzungen einzuwirken - durch Neuerteilung kollidierender Verleihungen - war, wie im vorangegangenen Untersuchungszeitraum[7], in allen Ländern mög-

---

1) RS, Randnr.44 zu Art.43,S.410f.
2) Ausnahme: Art.82 bay WG.
3) Siehe Art.154 bay WG.
4) Gesetz, betreffend die Zwangsabtretung von Grundeigentum für öffentliche Zwecke, vom 17.11.1837 (GVBl.S.109), letzte Fassung vom 23.3.1952 (GVBl.S.123).
5) Eymann - Schubert II,Anm.6 zu Art.43,S.899f.; RS,Randnr.45 zu Art.43,S.411.
6) Eymann - Schubert II,Anm.6 zu Art.43,S.900.
7) Oben S.304.

lich. Ausdrücklich vom Gesetz zugelassen wurde es jedoch nur in zwei Staaten:

In Preußen führte §50 II pr.WG aus, unter welchen Voraussetzungen trotz Kollision das Recht zu einer neuen Nutzung verliehen werden konnte[1]; dabei stimmten Literatur[2] und Rechtsprechung[3] darin überein, daß dem beeinträchtigten älteren Rechtsinhaber der ihm dadurch entstandene geldwerte Schaden[4] zu ersetzen sei. Der gleiche Gedanke lag der badischen Regelung zugrunde, die in §41 II bad WG 1899[5] eine Schadensersatzverpflichtung enthielt.

Das bayerische und württembergische Gesetz kannten keine derartigen Bestimmungen; daß es dem Staat jedoch auch hier nicht verwehrt war, neue Benutzungen örtlich so zuzulassen, daß sie bestehende beeinflußten, kann bereits aus den dargestellten Regelungen über die Möglichkeiten des Widerspruchs aufgrund bestehender Rechte gegen die Gestattung eines neuen Unternehmens geschlossen werden; diese Vorschriften wären angesichts eines Verbotes solcher Neuzulassungen ohne praktische Bedeutung. Ob es allerdings zulässig war, die neuen Nutzungen auch dann zu gestatten, wenn den Bedürfnissen des älteren Rechtsinhabers nicht entsprochen werden konnte und er nunmehr beeinträchtigt wurde, soll dahingestellt bleiben. Daß in Bayern der Rechtsinhaber vor einer derartigen Schmälerung oder Entziehung nicht sicher war, darf anhand der Literatur[6] angenommen werden, die besagte, daß hier die Vorschriften des Art. 43 III, IV bay WG in derselben Weise wie bei unmittelbaren Eingriffen gälten. In Württemberg hingegen brauchte er

---

1) Siehe oben S.449.
2) Born, Anm.zu §50 II,S.72; HKS I,Anm.11 zu §50,S.356.
3) Pr.Oberverwaltungsgericht in ZAGr 7,51(55); LWA 4,46(49f.).
4) Anders Begr. S.96, nach der auch die nicht in Geld meßbaren Vorteile und Schäden zu berücksichtigen waren; wohl abzulehnen, vgl.HKS I,Anm.11 zu §50,S.356.
5) Siehe oben S.448.
6) RS, Randnr.78 zu Art.43,S.418.

eine bewußte Benachteiligung durch die Behörde in dieser Weise nicht zu gewärtigen[1]. Diese Literaturmeinung kann nach Ansicht des Verfassers auch durch Rechtsvergleichung aus dem Gesetz ersehen werden: bei ansonsten fast gleichem Wortlaut der Grundsätze für die Verleihung in §41 bad WG 1899 und Art. 32 württ.WG fehlte der letzten Norm doch der dem §41 II bad WG 1899 entsprechende Hinweis einer Erteilung der Verleihung unter bestimmten Umständen trotz Kollision mit bestehenden Rechten.

bbb) Inhalt und Umfang des verliehenen Rechts

Im Vergleich zu den früheren Gesetzen[2] waren in den hier untersuchten die Bestimmungen darüber, wie Inhalt, Umfang oder Zweck des verliehenen Rechts festgehalten wurden, ausführlicher und einheitlicher. Maßgebend war für die Parteien - und im Streitfall für die entscheidenden Behörden - in allen Ländern die Verleihungsurkunde. Darunter wurde überall das dem Unternehmer über die Wassernutzung ausgefertigte Schriftstück verstanden.

Württemberg und Baden waren mit ihren Angaben auf diesem Gebiet etwa gleich umfassend.

In Art. 35 I württ.WG wurde zunächst festgelegt, daß die zuzustellende Urkunde den Umfang der verliehenen Nutzung genau zu bestimmen hatte. Das bedeutete eine Individualisierung hinsichtlich des Ortes sowie der quantitativen und qualitativen Anforderungen der Nutzung an das Gewässer. Die Art und Weise dieser Beschreibung ging aus §91 I - III Vollz. Verf. hervor, der vor allem die Angabe der Größe von Wasserzufluß oder -verbrauch verlangte, und zwar entweder mittels einer festen Maßzahl oder durch Bezeichnung der Nutzungseinrichtungen. Bei Stauwerken war die Stauhöhe, bei Bewässerungsanlagen der erforderliche Wasserstand zu bestimmen. Über die so erfolgte tatsächliche Begrenzung

---

1) Vgl. Haller, Anm.20 zu Art.32,S.105.
2) Oben S.307 f.

der Verleihung durfte der Begünstigte bei der Ausübung seines Rechts nicht hinausgehen; andererseits durfte aber auch der Staat über den innerhalb dieser Grenzen nicht ausgenutzten Wasserschatz nicht anderweitig verfügen[1]. Der Art. 35 II württ.WG verlangte die Individualisierung des Zweckes, für den die Verleihung erfolgte und der vom Nutzenden nicht verlassen werden durfte[2]. Bei der Benutzung zur Bewässerung oder sonstiger Wasserentnahme mittels bleibender Vorrichtungen (Art. 31 II Ziff. 2 württ.WG), sowie zu Bade- oder Waschanstalten und ähnlichen Anlagen (Art. 31 II Ziff. 3 württ.WG) war er speziell zu bezeichnen; gemäß §93 Vollz. Verf. mußten z. B. die zu bewässernden Grundstücke genau angegeben werden. Wurde die Verleihung für die Nutzung durch ein Triebwerk (Art. 31 II Ziff. 1 württ.WG) erteilt, so konnte dessen Zweckbestimmung auch unterbleiben. Aufgrund von Art. 35 III württ.WG war es der Behörde bei besonderen Verhältnissen möglich (die §95 Vollz. Verf. aufzählte), eine zeitliche Beschränkung der Verleihung festzulegen.

Neben diesen Angaben enthielt die Urkunde auch Mitteilungen über den rechtlichen Hintergrund der Verleihung. Das folgt daraus, daß gemäß Art. 35 I württ.WG auch die einzelnen Vorschriften, Bedingungen oder Beschränkungen angeführt werden mußten, denen der Umfang der Nutzung aus Rücksicht auf das gemeine Wohl, zur Wahrung gemeinwirtschaftlicher Interessen oder zum Schutz der Rechte und Interessen Dritter unterworfen war[3].

Ein Gleiches galt für Baden. Hier bestimmte §54 III bad WG 1899, daß in der Urkunde - Verleihungsbescheid genannt - Art, Zweck und Umfang des Unternehmens festzusetzen waren. Das hatte vor allem durch Angabe der Stauhöhe, Größe des Gefälles, nutzbarer Wassermenge, Maschinenleistung sowie

---

1) Haller, Anm.3 zu Art.35,S.112; vgl.auch oben S.477 f.
2) Hofacker, Mitteilungen,S.39.
3) Oben S.459.

Menge und Art der einzuleitenden Stoffe und der Benutzungszeit zu geschehen. Desgleichen waren die im Interesse der Allgemeinheit und anderer Beteiligter getroffenen Beschränkungen und Verpflichtungen[1] sowie eventuelle Einigungen anzugeben.

Im bayerischen Gesetz wurde in Art. 43 I Satz 2 bay WG lediglich ausgeführt, daß die Behörde Maß und Art der Benutzung bestimme. Dies geschah jedoch in der gleichen Weise wie in Württemberg und Baden. In der Literatur bestand Einigkeit darüber[2], daß die quantitativen und qualitativen Eigenschaften der Nutzung durch Bestimmung der Wassermenge, Beschreibung der Einrichtungen - z. B. Angabe der Stauhöhe - und Festsetzung von Zeit und Raum möglichst genau anzugeben waren; auch die Anführung der im öffentlichen Interesse und zur Verhinderung von Beeinträchtigungen bestehender Nutzungen getroffenen Maßnahmen wurde verlangt. Eine Abweichung von der so umgrenzten Erlaubnis war dem Berechtigten nicht gestattet.

In Preußen mußte zwischen dem Verleihungsbeschluß (§§71ff. pr.WG), der allen Verfahrensbeteiligten zuzustellen und gegen den die Beschwerde zulässig war, und der Verleihungsurkunde (§79 pr.WG) unterschieden werden. Die letztere wurde nach Beendigung des Verfahrens dem Unternehmer ausgefertigt und setzte das verliehene Recht nach Inhalt und Umfang verbindlich fest. Dabei ging man in gleicher Weise wie in den anderen Ländern vor. Die Nutzung war sowohl in tatsächlicher Hinsicht einzugrenzen wie auch bezüglich der Auflagen zu kokretisieren, die aus Gründen des öffentlichen Interesses oder für Schutzeinrichtungen gegen nachteilige Wirkungen getroffen worden waren[3]. Was die Bezeichnung des verliehenen Rechts anbelangte, so war hier §72 Ziff. 1

---

1) Oben S.446 f.
2) Brenner - Fergg, Anm.5 zu Art.43,S.140f.; Eymann - Schubert II, Anm.7 zu Art.43, S.900; RS, Randnr.49 zu Art.43,S.412.
3) HKS I,Anm.2) zu §79,S.477f.

pr.WG - und bei Staurechten zusätzlich §73 pr.WG - ausschlaggebend; die Einzelheiten der Kennzeichnung waren dabei in Preußen dieselben wie in den anderen Ländern[1].

Streitig war, ob sich das durch die Verleihung begründete Recht auf die Benutzung des Wassers beschränkte oder sich auf den Lauf als Ganzes unter Einschluß des Bettes erstreckte. Während Lenhard - Reichau[2] die Ansicht vertraten, dies richte sich allein nach dem jeweiligen Verleihungsbeschluß und der Natur der verleihenen Nutzungsberechtigung, meinten Holtz - Kreutz - Schlegelberger[3], das Recht betreffe stets Wasser und Bett, denn beides zusammen ergäbe erst die rechtliche und wirtschaftliche Einheit des Wasserlaufs, an dem nach dem Wortlaut des §46 1 pr.WG der Rechtserwerb stattfände. Das wurde auch von der Begründung[4] so gesehen. Praktische Bedeutung dürfte diesem Streit nicht zugekommen sein, da auch die Vertreter der zuletzt genannten Ansicht dem Berechtigten die Verfügung über das Flußbett nur dann und insoweit zugestehen konnten, als das verliehene Recht es erforderte und zuließ[5].

ccc) Das Recht auf Zufluß als materieller Inhalt der Berechtigung

Menge und Beschaffenheit des zufließenden Wassers unterliegen sowohl naturbedingten Veränderungen als auch solchen, die durch künstliche Maßnahmen, insbesonders die spätere Zulassung neuer Benutzungen oder die Tätigkeit von Oberliegern, hervorgerufen werden.

Was den ersten Fall betrifft, so sah keines der Gesetze einen Rechtsgrund vor, aus dem ein Verleihungs-, bzw. Erlaubnisinhaber dem Staat gegenüber bei Beeintrachtigung einen Schadensersatzanspruch hätte geltend machen können.

---

1) So auch zu ersehen bei HKS 1,Anm.1) zu §72,S.447.
2) Lenhard - Reichau I, Anm.3.)a) zu §46,S.156f.
3) HKS I, Anm.5.) zu §46,S.311.
4) Begr. S.22.
5) Vgl. oben S.462 f.

Ein solcher Anspruch war weder in dem erteilten Benutzungsrecht enthalten, noch ließ er sich aus anderen Vorschriften herleiten. Instandhaltungs- und Ausbaubestimmungen dienten in allen Gesetzen unabhängig von der Person des Pflichtigen nur dem Zweck, vor den von den Gewässern ausgehenden Gefahren zu schützen, mithin also für den Wasserabfluß, nicht aber für seinen Zufluß zu sorgen. Sinn der Reinigungsvorschriften war ebenfalls überall die Sicherung der Wasserqualität im Interesse der Allgemeinheit, nicht jedoch zugunsten privater Berechtigter. Das wird - falls es nicht bereits die Gesetze selbst besagten - von der Literatur vertreten: so für Bayern von der zu Artt. 74 und 91 bay WG[1)] für Preußen bei der zu den §§113 ff. pr.WG[2)], während §152 pr.WG als Grund für den Gewässerausbau das öffentliche Wohl bereits selbst angab. Auch das badische Gesetz wies in diesem Zusammenhang nur Vorschriften über die Herstellung und Erhaltung eines regelmäßigen Wasserablaufs sowie Schutzbestimmungen aus Gründen des öffentlichen Interesses auf (§§90 ff. bad WG 1899). In Württemberg waren derartige Vorschriften unbekannt; der Gewässerausbau sowie die Unterhaltung standen als Ausfluß seiner Hoheit dem Staat frei, eine Verpflichtung dazu war nicht gegeben[3)].

Auch über das Recht des Verleihungs-, bzw. Erlaubnisinhabers darauf, daß sein Zufluß nicht durch künstliche Maßnahmen beeinträchtigt würde, enthielten die Wasserrechtsnormen grundsätzlich keine Angaben.

Eine Ausnahme machte das preußische Gesetz mit §42 pr.WG[4)], der aber - die Bestimmungen früherer gesetzlicher Zuflußrechte[5)] weiterführend - rechtstechnisch zu den Aufrecht-

---

1) RS, Randnr.6 zu Art.74,S.671 und Randnr.2 zu Art.91, S.831.
2) Born, Anm.zu §113; HKS I, Anm.1.) zu §113,S.572.
3) Hofacker, Mitteilungen, S.14,16.
4) Oben S.390 f.
5) ALR II 15 §246 (oben S.162, 201 f.); §16 Ziff.b Privatflußgesetz (oben S.265 f.); vgl. auch oben S.391.

erhaltungsvorschriften gehört und nichts über den Inhalt der Verleihung nach §46 pr.WG aussagt. Wie der in dieser Hinsicht ausgestaltet war, konnte sich - mangels ausdrücklicher positiver wie entgegenstehender Regelungen - nur aus der Natur der einzelnen Nutzungsberechtigungen selbst ergeben. Dabei bestand in Literatur[1] und Rechtsprechung[2] Einmütigkeit darüber, daß in den in §46 I Ziff. 1-4 pr.WG bezeichneten Benutzungsarten ein Recht auf einen bestimmten Wasserzufluß nicht enthalten war.

Der Inhalt eines Rechts auf Zufluß von Wasser bestimmter Menge oder Güte prägte sich darin aus, daß die Entziehung von Wasser durch Nutzungen anderer, bzw. deren Zulassung vom Inhaber der Verleihung untersagt werden konnte.

Daß ein solches Untersagungsrecht den in §46 I Ziff. 2-4 pr.WG genannten Nutzungen[3] nicht innewohnt, ist ohne weiteres ersichtlich. Es gehörte aber auch nicht zu den in Ziffer 1 aufgezählten Tätigkeiten, die dem §40 II pr.WG zu entnehmen waren[4]. Für das in §40 II Ziff. 1 pr.WG angeführte Ge- oder Verbrauchsrecht des Wassers wurde das bereits erläutert[5]. Auch die Berechtigung auf Einleitung verunreinigender flüssiger Stoffe nach §40 II Ziff. 2 pr.WG beinhaltete keinen Anspruch darauf, immer Wasser in ausreichender Verdünnungsmenge zu Verfügung zu haben, bzw. von einem entziehenden Oberlieger fordern zu können; reichte das Dargebot an Zufluß zur erforderlichen Verdünnung nicht mehr aus, so mußte der Einleitende selbst für die Abstellung dieses Zustandes sorgen[6]. Ebenso beschränkte sich das Staurecht, wie es in §40 II Ziff. 3 pr.WG enthalten war, lediglich darauf, das Wasser anzustauen, so

---

1) Born, Anm.zu §46,S.57; HKS I,Anm.D 4.) zu §46,S.311.
2) RGZ 89,84; LWA 2,1(2f.); Pr.Oberverwaltungsgericht in ZAGr 5,218(220).
3) Oben S.463.
4) Oben S.462, 371.
5) Oben S.371.
6) HKS I, Anm.7.) zu §40,S.264f.

wie es gerade zufloß[1]. Weder waren innerhalb ihrer Rechte die Oberlieger gehindert, das Wasser zu verbrauchen, noch war es dem Staat benommen, unter Beachtung der gesetzlichen Grenzen neue Benutzungsrechte zu verleihen, selbst wenn dadurch die einem Triebwerk zufließende Wassermenge vermindert wurde.

Ein Anspruch auf Zufluß von Wasser bestimmter Quantität oder Qualität stand dem Verleihungsinhaber - ebenso wie dem Gewässereigentümer[2] - nur dann zu, wenn er einen entsprechenden Untersagungstitel erworben hatte. Daß ein derartiger Erwerb zu früheren Zeiten zulässig war, in §16 Ziff. a Privatflußgesetz sogar ausdrücklich erwähnt wurde, ist schon dargelegt[3] und wird auch von der das preußische Wassergesetz betreffenden Literatur und Rechtsprechung nochmals betont[4]. Auch für den vorliegenden Zeitraum ist nichts ersichtlich, was gegen die Möglichkeit eines solchen Rechts spräche. Es wird in der Regel durch Vereinbarung zwischen den Beteiligten - mit Wirkung nur inter partes -, bisweilen auch durch Ersitzung zustande gekommen sein. Ausdrücklich wurde das zwar nirgends erwähnt, dagegen jedoch an einer Stelle[5] auf den wohl selteneren Fall des Erwerbs eines solchen Rechts mittels staatlicher Beteiligung durch die Ausgleichung nach §§87 ff. pr.WG[6] hingewiesen. Ein solcher Zuflußtitel gewährte ein selbständiges, neben der Nutzungsberechtigung bestehendes Recht, das also nicht unter §46 I Ziff. 1-4 pr.WG fiel und in seiner Ausgestaltung für den Einzelfall ganz dem Zweck angepaßt werden konnte, für den es erworben werden sollte, z. B. für ein Staurecht oder zur Unschädlichmachung von Abwässern.

---

1) Born, Anm.zu §40,S.47; HKS I Anm. 8.) zu §40,S.265; LWA 2,1(3); Pr.Oberverwaltungsgericht in ZAGr. 5, 218 (220).
2) Oben S.388 f., 392.
3) Oben S.163, 265.
4) HKS I, Anm.8.) zu §40,S.265; HKS II, Anm.1.) zu §382, S.631; LWA 2,1(3).
5) LWA 4,23(25).
6) Oben S.399 f.

Ein solches Recht war ein besonderer Titel i. S. von §50 II pr.WG[1] und daher in diesem Umfang von der Behörde bei der Neuerteilung von Benutzungsrechten zu berücksichtigen[2].

Ohne einen solchen titulierten Anspruch war der Inhaber einer Verleihung - abgesehen von dem Schutz durch die Verfahrensvorschriften für Neuerteilungen[3] - nicht anders gestellt als ein Gewässereigentümer und hinsichtlich der Wasserentziehung durch Tätigkeiten Dritter nur für die Fälle und im Rahmen von §43 1 pr.WG geschützt[4].

Im Grunde ebenso stellt sich die Rechtslage in Bayern und Baden dar. Weder in den Gesetzen noch in der Literatur findet sich ein Hinweis darauf, daß eines der durch Erlaubnis, bzw. Verleihung erteilten Benutzungsrechte[5] einen Anspruch auf Zufluß dergestalt beinhaltete, eine Veränderung des einmal bestehenden Zustandes durch künstliche Maßnahmen untersagen zu können. Der Erwerb eines besonderen Rechts, kraft dessen verlangt werden konnte, daß der Zustrom von Wasser in bestimmter Menge oder Güte nicht beeinträchtigt würde, war - wie in Preußen - auch in diesen Ländern zulässig. Er konnte hier - ebenso wie dort - durch die Ausgleichung[6] geschehen.

Stand dem Nutzungsberechtigten ein derartiger besonderer Titel nicht zu, so gab es für ihn in Bayern und Baden - genau wie in Preußen - nur den Schutz durch die Verfahrensvorschriften für Neuzulassungen[7].

Daß in Württemberg die Gegebenheiten etwas anders lagen, klang bereits bei der Erörterung der mittelbaren Beschränkungen des Nutzungsrechts durch den Staat an[8]. In diesem

---

1) HKS I, Anm.8.) zu §40,S.265 und Anm.12.) zu §50,S.357.
2) Oben S.449.
3) Oben S.448 f.
4) LWA 2,1(3).
5) Oben S.463 f., 466 f.
6) Oben S.433.
7) Oben S.447 f., 454 f.
8) Oben S.477 f.

Land war der Verleihungsinhaber davor sicher, daß eine Nutzung auch dann noch zugelassen wurde, wenn sie über die Grenzen des Art. 32 IV württ.WG[1] hinaus seine Tätigkeiten beeinträchtigte. War somit sein Schutz vor Wasserentziehung weiter als in den drei anderen Ländern, so kam das einem Recht auf zufluß dennoch nicht gleich. Ein solches war auch hier nicht in der Nutzungsverleihung enthalten. Der Unterschied gegenüber einem Recht auf Wasser bestimmter Menge oder Güte besteht darin, daß der Berechtigte sich gegen eine Schmälerung innerhalb der Grenzen von Art. 32 IV württ.WG nicht wehren konnte.

b) Den verliehenen Rechten gleichgestellte Benutzungsgrundlagen

Einen solchen Fall kannte nur das preußische Wassergesetz. Aufgrund von §86 II pr.WG standen Rechte, die durch Beschluß der Verwaltungsbehörde gemäß §86 I pr.WG sichergestellt wurden, den verliehenen Rechten gleich. Solcherart sichergestellt werden konnten nur Rechte auf Benutzung des Wasserlaufs in einer der in §46 I pr.WG bezeichneten Arten, soweit sie nach den Vorschriften dieses Gesetzes dem Gewässereigentümer zukamen oder nach den Aufrechterhaltungsvorschriften des preußischen Wassergesetzes bestehen geblieben waren. Neben der Tatsache, daß es sich um ein Recht zur Benutzung i. S. von §46 I pr.WG handeln mußte, war Voraussetzung für die Sicherstellung vor allem, daß der Ausübung des Rechts keine überwiegenden Rücksichten des öffentlichen Wohls entgegenstanden (§49pr.WG)[2] und daß der Berechtigte das beabsichtigte Unternehmen alsbald realisierte; geschah dies nicht binnen einer bestimmten Frist, so konnte die Verleihungsbehörde die Sicherstellung zurücknehmen (§85 I Ziff. 4 pr.WG). Unerheblich war, ob zur Ausübung des Rechts eine nach §22 pr.WG genehmigungspflichtige Anlage oder eine nach §23 pr.WG anzeigepflichtige

1) Oben S.459 f.
2) Oben S.445 f.

Einleitung erforderlich war; von den hierzu gegebenen formellen Beschränkungen konnte sich der Eigentümer durch die Sicherstellung befreien[1].

Zweck des Rechtsinstituts war es, den genannten Rechten die bevorzugte Stellung zukommen zu lassen, die den verliehenen Rechtspositionen beigelegt war[2]. Aus §86 III i. V. m. §86 II pr.WG und den angeführten §§46 III und 31 pr.WG folgte daher, daß sich die Natur eines sichergestellten Rechts nunmehr nach der des verliehenen bestimmte. Beruhte es vorher auf einer allgemeinen Norm, so war es jetzt ein tituliertes Recht i. S. von §50 II pr.WG[3]. Auch gehörten die sichergestellten Rechte nicht zu den im BGB genannten Grundstücksrechten, sondern waren - wie die verliehenen - besonders geartet[4].

Die Wirkungen der Sicherstellung waren im einzelnen bestritten. Nach überwiegender Ansicht[5] beschränkten sie sich auf den Schutz des Rechts gegenüber Angriffen Privater und Anordnungen der Polizeibehörden, ließen aber die Beziehungen des Benutzungsrechts selbst zu Grundstücken oder anderen Personen unberührt[6]. Dem entsprach auch, daß die Sicherstellung (an deren Inhalt der Berechtigte wie bei der Verleihung gebunden war) nur so lange galt, wie das zugrunde liegende Recht selbst bestand (abweichend vom verliehenen Recht); eine sichergestellte beschränkt persönliche Grunddienstbarkeit endete daher mit dem Tod des Berechtigten (§§1090ff. BGB).

c) Weniger starke staatlich gewährte Benutzungsgrundlagen

Hierher gehören alle die Hoheitsakte, die dem Interessenten zwar die Benutzung zugänglich machen, ihm aber kein

---

1) HKS I,Anm.1.) zu §86,S.505 und Anm.12.) zu §46,S.318; vgl. oben S.376 ff.
2) HKS I,Vorbem.zu §86,S.503; Kreutz, S.38.
3) Oben S.449.
4) Vgl. oben S.397 f.
5) HKS I,Anm.13.) zu §86,S.512; Schlegelberger in Gruchot 64,545(564, 568 ff.).
6) So aber Lenhard - Reichau I, Anm.1.)a) zu §86,S.245.

Recht dazu gewähren. Sie lassen sich unter dem Oberbegriff der Gebrauchserlaubnis zusammenfassen. Ein im gesamten Untersuchungsgebiet mit einheitlicher Rechtsnatur ausgestattetes Institut dieser Art gab es im vorliegenden Zeitraum jedoch noch nicht[1]. Gleiche Begriffe konnten sogar in demselben Gesetz verschiedenen Inhalt haben. In den Vorschriften selbst wie in der Literatur wurde auf klare Abgrenzungen mit durchsichtigem Sprachgebrauch nicht geachtet.

Es muß im Untersuchungszeitraum unterschieden werden zwischen Hoheitsakten, die die Grundlage für eine bestimmte Benutzung bildeten und solchen, deren Erteilung ein im polizeilichen Interesse erlassenes Verbot beseitigte, bei denen die Nutzung selbst jedoch noch einer Rechtsgrundlage bedurfte. Auf diesen Unterschied ist bereits mehrfach hingewiesen worden[2]. Beide Hoheitsmaßnahmen wurden bisweilen als Erlaubnis bezeichnet[3], bisweilen wurde von Zulassungen und Regelungen gesprochen[4]. Bei dieser Trennung dürfen diejenigen Akte, die keine Benutzungsgrundlage beinhalteten, nicht mit den Genehmigungen für Wasserbauten verwechselt werden[5]. Sie waren teils durch die Wassergesetze selbst, teils durch Verweisung auf die §§16 ff. Gew.O. in allen Ländern vorgesehen und sind an den entsprechenden Stellen bereits erwähnt worden.

Die für Benutzungen erforderlichen Hoheitsakte, die keine Grundlage für die Tätigkeiten enthielten, sind auch schon dargestellt worden. Es handelte sich hier um die §§19, 20 pr.WG[6] und die Artt. 37, 38 bay WG[7].

---

1) Oben S.359 f.
2) Oben S.381 ff., 416 f., 468 f.
3) Vgl. RS, Randnr.86 zu Art.26 II,S.300 und Randnr.10 zu Art.37,S.344.
4) §§19, 20 pr.WG.
5) Wie dies für §22 pr.WG von Höhne, S.107 (oben S.381) gemacht wird.
6) Oben S.374 ff., 381 ff.
7) Oben S.416 ff., 468 f.

Im folgenden müssen daher nur noch die staatlichen Akte behandelt werden, die bereits selbst die Benutzungsgrundlage enthielten.

Das war in Bayern der Art. 26 II Satz 1 bay WG. Diese Vorschrift machte die Entnahme von Eis, Sand, Kies, Steinen, Schlamm, Erde und Pflanzen aus dem Flußbett öffentlicher Gewässer sowie der Staatsprivatflüsse von einer Erlaubnis der Verwaltungsbehörde abhängig, die in der Literatur übereinstimmend[1] als Gebrauchserlaubnis bezeichnet wurde. Einigkeit bestand auch darin, daß es sich hier um eine dem öffentlichen Recht angehörende Regelung handelte; Eymann - Schubert leiteten das aus ihrer Ansicht vom öffentlichen Eigentum des Staates an seinen Gewässern her[2], Riederer - Sieder verwiesen auf die Zuständigkeit der Verwaltungs-, nicht einer Fiskalbehörde[3]. Einmütigkeit herrschte auch darüber, daß vor Erlaubniserteilung zu prüfen war, ob die Ausübung der genannten Nutzungen nicht gegen die öffentliche Zweckbindung der Gewässer verstoßen würde, wobei Art. 26 II Satz 2 bay WG[4] die wesentlichen Richtpunkte angab; nötigenfalls mußten Beschränkungen ausgesprochen werden[5]. Schließlich stimmte die Literatur darin überein, daß nach Erteilung der Erlaubnis kein weiterer Hoheitsakt zur Vornahme der Nutzung mehr erforderlich war[6].

Vor diesem Hintergrund wurde die Gebrauchserlaubnis definiert als eine besondere jederzeit widerrufbare Zulassung im Einzelfall für eine Nutzung, die - ohne Überschreitung der Zweckbestimmung der öffentlichen Sache - über den Gemeingebrauch etwas hinausgeht und die vom Herrn der öffent-

---

1) Eymann - Schubert II, Anm.13a zu Art.26,S.771; RS, Randnr. 86 zu Art.26,S.300
2) Eymann - Schubert II, Anm.13a zu Art.26,S.771; oben S.355,
3) RS, Randnr.87 zu Art.26,S.300. 452.
4) Oben S.423 f.
5) Eymann - Schubert II, Anm.13b zu Art.26,S.772; RS, Randnr.88 zu Art.26,S.300.
6) Eymann - Schubert II, Anm.19 zu Art.26,S.773f.; RS, Randnr.97 zu Art.26,S.302.

lichen Sache nach pflichtgemäßem Ermessen vergönnungsweise erteilt wird[1]. Die Begriffsbestimmung zeigt, daß durch die Gebrauchserlaubnis ein Recht nicht gewährt wurde; das war trotz bisweilen irreführendem Sprachgebrauch[2] einhellige Ansicht[3].

Die Erteilung der Erlaubnis ließ besondere Berechtigungen unberührt; deren Inhalt und Verwurzelung im öffentlichen oder privaten Recht waren unerheblich. Es konnte sich dabei sowohl um neu begründete wie auch von früher her bestehende handeln. Beruhten solche älteren Rechte auf privaten Titeln, so wurden sie zwar bereits durch Art. 207 bay WG aufrechterhalten, der Art. 26 II Satz 1 bay WG galt jedoch auch für öffentliche Rechte und war insoweit - wie Art. 45 bay WG[4] - lex specialis gegenüber Art. 207 bay WG[5].

Auf die Erteilung einer Erlaubnis hatte der Bewerber keinen Anspruch, er konnte lediglich fehlerfreien Ermessensgebrauch verlangen. Der Staat selbst bedurfte zur Ausübung der genannten Tätigkeiten keiner Erlaubnis.

Als zweites Land kannte noch Württemberg Benutzungsgrundlagen, die zwischen Gemeingebrauch und Verleihung einzuordnen waren; sie wurden in den Artt. 17, 18, 22, 23[6] und 25 württ.WG genannt, wobei das Gesetz die beiden ersten Vorschriften systematisch zum Gemeingebrauch zählte.

In Art. 17 I württ.WG wurde die Einlegung von Gerberhäuten mittels bleibender Vorrichtungen, das Einbringen von Fischbehältern, die Herstellung einfacher Bade- und Waschvorrichtungen und dergleichen in einem öffentlichen

---

1) RS, Randnr.34 zu Art.26,S.291; vgl. oben S.382.
2) Vor allem Eymann - Schubert II, Anm.19 zu Art.26,S.774.
3) Eymann - Schubert II, Vorbem.32 vor Art.26,S.750; RS, Randnr.34 i.V.m. 36 zu Art.26,S.291f.
4) Oben S.425.
5) Eymann - Schubert II, Anm.18 zu Art.26,S.773; RS, Randnr.11 zu Art.207,S.1184.
6) Oben S.465.

Gewässer von einer polizeilichen Erlaubnis abhängig gemacht. Der Art. 18 I württ.WG knüpfte die Entnahme von Sand, Kies, Schlamm, Eis, Pflanzen und sonstigen Materialien aus einem öffentlichen Fluß an die gleiche Voraussetzung. Gemäß Art. 18 II württ.WG konnte die Erlaubnis nur widerruflich oder unter zeitlicher oder mengenmäßiger Beschränkung erteilt werden. Auch die Gestattung nach Art. 17 I württ.WG war jederzeit entschädigungslos widerruflich - im Gegensatz zur Entziehung verliehenen Rechts nach Artt. 45 und 63 württ.WG[1]. Vor Erteilung der Erlaubnis hatte die Behörde zu prüfen, ob die Tätigkeiten nicht gegen die in Art. 19 württ.WG für den Gemeingebrauch genannten Rücksichten auf Rechte Dritter oder gegen Anordnungen nach Art. 20 württ.WG verstießen (§§28, 32 Vollz. Verf.). Ein Recht zu den betreffenden Benutzungen wurde aufgrund der Artt. 17, 18 württ.WG nicht erteilt[2]. Diese Tatsachen lassen es zu, die Hoheitsakte als Gebrauchserlaubnis in der obigen Definition[3] aufzufassen.

Dasselbe läßt sich auch von der Erlaubnis nach Artt. 23, 25 württ.WG sagen, die für die Einleitung übelriechender oder schädlicher Flüssigkeiten, für die Zuführung häuslicher und gewerblicher Abwässer mittels Sammelkanälen und für die Entwässerung großer Flächen in ein öffentliches Gewässer erforderlich war. Auch durch sie sollte ein Benutzungsrecht nicht erteilt werden[4]. Andererseits war sie aber nicht ohne weiteres entschädigungslos beschränk- oder widerrufbar (Art. 27 I württ.WG) und das Verfahren zu ihrer Erteilung richtete sich gemäß §53 Vollz. Verf. unter anderem nach dem für die Genehmigung der unter §16 Gew.O. fallenden Anlagen.

Der Art. 22 württ.WG untersagte es, Schutt, Unrat und andere feste, das Wasser verunreinigende oder seinen Lauf

---

1) Oben S.472 f.
2) Vgl. Haller, Anm.4 zu Art.17,S.57.
3) Oben S.489 f.
4) Haller, Anm.4 zu Art.23,S.72f.

störende Stoffe in ein öffentliches Gewässer einzubringen. Von diesem Verbot konnten unter bestimmten Voraussetzungen widerruflich Ausnahmen zugelassen werden.

2) Nur zwischen den Beteiligten wirksame Rechtsgrundlagen

Wesentlicher Unterschied gegenüber dem vorangegangenen Untersuchungszeitraum ist die Geltung des BGB. Seit dem 1.1.1900 bestand damit im Gebiet aller aufgeführten Wassergesetze für private Vereinbarungen Rechtsgleichheit.

Auch für die hier behandelten Formen muß zwischen öffentlichen und privaten Gewässern getrennt werden.

a) Spezialfall: Die Übertragung verliehener Rechte

An den ersten beschränkten sich die Möglichkeiten der Nutzungsberechtigten wie im vorherigen Abschnitt[1] lediglich auf die Ausgestaltung der Modalitäten ihres Gebrauchs gegenüber Dritten. Die Begründung einer Benutzungsgrundlage durch privates Rechtsgeschäft war nicht zulässig.

Als gesetzlich möglich erwies sich unter bestimmten Umständen hingegen die Übertragung des verliehenen Rechts. Ausdrücklich wurde das nur in §50 II bad.WG 1899 und Art. 39 württ.WG angeschnitten. Aber auch in Preußen war es in gewisser Weise erreichbar, wohingegen in Bayern weder Gesetz noch Schrifttum dergleichen erwähnten.

Für die Übertragung des nach §46 pr.WG verliehenen Rechts war zu beachten, daß es gemäß §48 pr.WG nur für ein bestimmtes Unternehmen erteilt wurde, mit dem es nach §81 pr.WG untrennbar verbunden blieb. Wurde das Unternehmen veräußert oder wechselte durch Erbgang der Eigentümer, so ging das verliehene Recht daher kraft Gesetzes ohne weiteren Übertragungsakt mit auf den neuen Berechtigten über. Ebenso verhielt es sich mit der Befugnis zur Ausübung des Rechtes, wenn z. B. durch Verpachtung das Unter-

1) Oben S.326.

nehmen an einen Dritten zum Betrieb überlassen wurde[1]. Für sich allein konnte die bloße Ausübung des Rechts dagegen nicht einem anderen zugestanden werden. Unzulässig war es ebenso, die Verleihung losgelöst vom Unternehmen zu übertragen, wie das Recht zugunsten eines anderen Unternehmens auszuüben.

Der Art. 39 württ.WG sah es, ohne zwar die persönliche Verleihung auszuschließen[2], als Regel an, daß sie für ein bestimmtes Grundstück oder eine Anlage erteilt wurde. Das durch sie begründete Recht ging - wie in Preußen - kraft Gesetzes mit der Sache selbst auf den Nachfolger über. Für sich allein konnte es nicht übertragen, sondern mußte neu verliehen werden.

In Baden hingegen, wo die Verleihung gemäß §50 I bad WG 1899 als dem jeweiligen Eigentümer der Anlage oder des Grundstücks erteilt galt, konnte nach §50 II bad WG 1899 das durch sie begründete Recht mit behördlicher Zustimmung auch auf andere Personen übertragen werden.

b) Die Bestellung dinglicher Rechte am eigenen Gewässer

Die Bestellung dinglicher Rechte kam nur an eigenen Gewässern in Betracht; Unterschiede zwischen den einzelnen Ländern bestanden dabei nicht. Überall konnte der Eigentümer bei der Verfügung den ihm gesetzlich gewahrten Benutzungsumfang nicht überschreiten. Überall unterlagen die Gewässer den für Grundstücke geltenden Vorschriften des BGB; das wurde in §23 bad WG 1899, der aber nur deklaratorischen Charakter hatte, als einziger Norm ausdrücklich festgehalten.

Der Weg zur Gewährung eines fremden Wassernutzungsrechts war die Bestellung einer Dienstbarkeit. Deren Einzelheiten bestimmten sich nach dem BGB. Dabei konnte eine Grunddienstbarkeit errichtet werden, wenn das Recht dem jeweili-

1) HKS I, Anm.3) zu §81,S.481.
2) Haller, Anm.3 zu Art.39,S.119.

gen Eigentümer des herrschenden Grundstücks zustehen und die Benutzung des belasteten dem Vorteil des herrschenden dienen sollte (§§1018, 1019 BGB). Zulässig war auch die beschränkt persönliche Dienstbarkeit (§§1090ff. BGB), wenn die Belastung des Grundstücks zugunsten eines bestimmten Rechtssubjekts erfolgen sollte. Möglich war es auch, mittels einer Dienstbarkeit den Eigentümer des Gewässergrundstücks in der Wahrnehmung seiner gesetzlichen Nutzungsrechte einzuengen.

Aus dem landesrechtlichen Vorbehalt zugunsten besonderer Rechtsverhältnisse in Art. 16 1 bay WG schließt ein Teil der Literatur[1], daß eine Durchbrechung von der Regel, das Wasser sei wesentlicher Grundstücksbestandteil, ermöglicht werden sollte; die Folge wäre eine dingliche Belastung des Wassers selbst, ohne das Grundstück mit zu erfassen. Von der überwiegenden Meinung wird diese Ansicht abgelehnt[2] mit den zutreffenden Begründungen, daß das fließende Wasser allein eigentumsunfähig sei und für eine abweichende Regelung kein wasserwirtschaftliches Bedürfnis bestehe.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß neben solchen zur Nutzung auch die Bestellung anderer dinglicher Rechte möglich war, z. B. Reallasten oder Erbbaurechte.

IV: Die Aufrechterhaltung älterer Wasserrechte

Wegen der Besonderheit des §42 pr.WG ist zu unterscheiden zwischen der Behandlung älterer Rechte zur Wasserbenutzung und solcher auf den Zufluß.

---

1) RS, Randnr.57 zu Art.16,S.159f.; ebenfalls wohl Eymann - Schubert II, Anm.3 zu Art.16,S.633; vgl. auch oben S.356 Fußnote 6.

2) Brenner - Fergg, Anm.2 zu Art.16,S.59; Harster - Cassimir, Anm.16 zu Art.16,S.103f.; Duffing, S.29f.; bay ObLGZ 12,356.

1) Die Behandlung alter Benutzungsrechte

Die ausführlichsten Vorschriften hierzu waren im preußischen Wassergesetz (§§379 ff. pr.WG) enthalten; die Bestimmungen der anderen Länder führten allerdings im Grunde zu dem gleichen Ergebnis. Alle Gesetze stellten übereinstimmend nicht darauf ab, ob die älteren Rechte noch neu begründet werden konnten oder nicht.

Gemäß §379 I pr.WG blieben die bei Inkrafttreten des Gesetzes bestehenden Rechte, einen Wasserlauf in einer der in §46 pr.WG bezeichneten Arten zu benutzen oder über die nicht zu den Wasserläufen gehörenden Gewässer über die Grenzen der §§199 bis 202 pr.WG hinaus zu verfügen, nur soweit aufrechterhalten, wie sie auf einem besonderen Titel beruhten. Nicht titulierte Rechte solchen Inhalts, welche also wie z. B. die der Eigentümer nach §13 i. V. m. §1 Privatflußgesetz unmittelbar auf einer Norm oder welche auf Gewohnheitsrecht beruhten, blieben gemäß §379 II pr.WG insoweit und so lange aufrechterhalten, wie rechtmäßige Anlagen zur Ausübung der Nutzung vorhanden waren; sie mußten allerdings vor dem 1.1.1913 errichtet oder in ihrem Bau begonnen worden sein. Als rechtmäßig wurden die Anlagen nur dann angesehen, wenn sie nicht nur gewerbe- oder landespolizeilich genehmigt waren, sondern wenn ihrem Inhaber nach den früheren Normen auch das Recht zu der Benutzung zugestanden hatte, die mit der Anlage ausgeübt werden sollte[1]. Der §379 II pr.WG stellte in bestimmtem Umfang Rechtmäßigkeitsvermutungen auf; sie schlossen jedoch nicht die Vermutung für die Rechtmäßigkeit der Benutzung ein, deren Grundlage daher stets gesondert geprüft werden mußte[2].

Der Inhalt der auf diese Weise aufrechterhaltenen Rechte bestimmte sich aufgrund §379 IV pr.WG entweder nach dem besonderen Titel oder, bei den nicht titulierten, nach

---

1) HKS II, Anm.13.) zu §379, S.611 m.w.N.
2) HKS II, Anm.15.) zu §379, S.613f.

dem zugrundeliegenden Gesetz. Die letzteren Rechte wurden jedoch, besonders hinsichtlich der Gewässerverunreinigung, einigen Beschränkungen unterworfen (§379 IV Ziff. a, b pr.WG). Auf alle aufrechterhaltenen Rechte waren die Bestimmungen des §84 pr.WG[1] entsprechend anzuwenden (§379 V pr.WG). Diejenigen Rechte auf Benutzung eines Wasserlaufs in einer der in §46 pr.WG bezeichneten Arten, die durch §379 pr.WG aufrechterhalten worden und nicht im Grundbuch eingetragen waren, mußten gemäß §380 I pr.WG zur Vermeidung ihres Erlöschens binnen 15 Jahren nach Inkrafttreten des preußischen Wassergesetzes im Wasserbuch eingetragen sein; die Antragstellung genügte.

Benutzungen, deren Grundlage nicht den Charakter eines Rechts hatte, wurden nicht aufrechterhalten[2].

In Bayern bestimmte Art. 207 bay WG, daß die bei Inkrafttreten des Gesetzes bestehenden, auf Privatrechtstiteln beruhenden Eigentums-, Nutzungs- und sonstigen Rechte an den Gewässern aufrechterhalten blieben. Wegen des eindeutigen Wortlauts der Vorschrift war ausschlaggebend, daß das Recht auf einem Privatrechtstitel beruhte[3]; daher ist die Ansicht Eymann - Schuberts[4] abzulehnen, die meinen, es komme darauf an, ob ein Privatrecht begründet worden sei, gleichgültig auf welchem Titel es beruhe. Aus der hier vertretenen Auffassung folgt, daß Rechte, die durch öffentlich-rechtlichen Akt begründet worden waren, nur insoweit und so lange bestehen blieben, als der zugrundeliegende Titel wirkte[5]; dies kam für alle Erlaubnisse nach Art. 10 WBG[6] in Betracht. Das Ergebnis war jedoch kein anderes als in Preußen. Ebenfalls genauso wie dort richteten sich Inhalt und Umfang der aufrechterhaltenen

---

1) Oben S.475.
2) Begründung bei Schlegelberger in Gruchot 63, S.529(530, 534, 538).
3) So RS, Randnr.6 zu Art.207,S.1183f.
4) Eymann - Schubert III, Anm.1 zu Art.207,S.1683f.
5) RS, Randnr.8 zu Art.207,S.1184.
6) Oben S.291 f.

Rechte nach deren Titel; auch in Bayern unterlagen die alten Positionen den Enteignungs- und Zwangsbestimmungen[1]. Die unmittelbar auf einem früheren Gesetz beruhenden Rechte gestalteten sich nach dem Inkrafttreten des bayerischen Wassergesetzes nur noch nach diesem; anders als in Preußen wurde nicht auf das Vorhandensein von Anlagen abgestellt. Benutzungen, denen kein Recht zugrundelag, wurden nicht aufrechterhalten.

Im badischen Gesetz war §113 bad WG 1899 ausschlaggebend. Nach ihm blieben die vor dem Inkrafttreten der neuen Norm durch besonderen privatrechtlichen Titel begründeten Rechte weiterhin wirksam. Bezogen sie sich auf öffentliche Gewässer oder natürliche nicht öffentliche Wasserläufe, so galten sie seit dem 12.4.1913 als dem öffentlichen Recht angehörende Nutzungsrechte; ihre Ausübung unterlag forthin den Vorschriften des neuen Gesetzes. Durch Umkehrschluß ergibt sich, daß die Benutzungsrechte an den künstlichen nicht-öffentlichen Wasserläufen und den geschlossenen Gewässern weiterhin privat blieben und auch dann in dem alten Umfang ausgeübt werden konnten, wenn dieser über den vom neuen Wassergesetz vorgesehenen - namentlich also §22 bad WG 1899 - hinausging. Nicht titulierte Rechte wurden auch in Baden insoweit unwirksam, als sie mit der neuen Norm nicht mehr übereinstimmten. Benutzungen, deren Grundlage kein besonderer privatrechtlicher Titel war, blieben nicht aufrechterhalten.

Das württembergische Wassergesetz sprach nur in einer kurzen Notiz von dem Schicksal alter Rechte: gemäß Art. 1 III württ.WG blieben wohlerworbene Rechte Einzelner an den öffentlichen Gewässern, gleichgültig ob auf öffentlichem oder privatem Recht beruhend, als dem öffentlichen Recht angehörende Nutzungsrechte im Sinne des neuen Gesetzes mit unverändertem Inhalt bestehen. Die Ausübung wurde den Vorschriften des württembergischen Wassergesetzes unterworfen,

---

1) RS, Randnr.5 zu Art.207,S.1133.

was insbesondere die Anwendung des Art. 45 württ.AG auch auf ehemals bürgerlich-rechtliche Titel bedeutete[1]. Für die privaten Gewässer ist keine Bestimmung getroffen worden, jedoch müssen zumindest titulierte Rechte als in ihrem früheren Umfang aufrechterhalten gelten.

2) Die Behandlung alter Rechte auf Zufluß

In diesem Bereich kannte das preußische Wassergesetz eine Bestimmung, mit der es sich von den anderen Wassergesetzen unterschied: den §42 pr.WG.

Durch diese Vorschrift, auf die bereits ausführlich eingegangen worden ist[2], wurde ein nicht tituliertes Recht auf Zufluß von Wasser in bestimmter Menge und Güte aufrechterhalten. Der §42 pr.WG setzte fest, daß einem Triebwerk, welches am 4.3.1843 im Geltungsbereich des Privatflußgesetzes an einem Wasserlauf 2. oder 3. Ordnung rechtmäßig bestanden hatte, nicht das Wasser entzogen werden durfte, das zur vollen Ausnutzung der damaligen technischen Einrichtungen für den Betrieb der Anlage notwendig war, gleichgültig ob dieser höchste Nutzungsgrad zuvor tatsächlich je wahrgenommen worden war. Darüberhinaus gestand §42 pr.WG dem Werksinhaber zu, daß ihm auch das zum Betrieb der Analge in erweitertem Umfang notwendige Wasser nicht entzogen werden durfte; dies allerdings unter der Voraussetzung, daß zu der betreffenden Erweiterung bereits zum obigen Stichtag ein auf einem besonderen Titel beruhendes Recht gegeben gewesen sein mußte.

Der §42 pr.WG bevorzugte nur Mühlen und andere Triebwerke mit gesetzlich begründetem Zuflußrecht (ALR II 15 §46[3], §16 Ziff. b Privatflußgesetz[4]).

---

1) Oben S.472 f.
2) Oben S.388 ff. (vor allem S.390 f.) und 482.
3) Oben S.162, 201 f.
4) Oben S.265 f.

Ansonsten konnten die Gewässerbenutzer nach Inkrafttreten des preußischen Wassergesetzes den Zufluß von Wasser bestimmter Menge oder Güte nur dann weiter beanspruchen, wenn sie ein auf einem besonderen Titel beruhendes Recht dazu hatten; dieses wurde nach §382 pr.WG aufrechterhalten. Stand einem Triebwerksinhaber ein solches tituliertes Recht zu, so galt auch für ihn die Vorschrift des §382 pr.WG.

In den anderen Ländern, wo derartige Normierungen fehlten, richtete sich die weitere Wirksamkeit eines Anspruchs auf Zufluß nach den allgemeinen Bestimmungen über die Aufrechterhaltung alter Rechte.

L e b e n s l a u f

Am 1. 11. 1943 wurde ich als erstes von zwei Kindern des Prof. Dr.-Ing. Erich Seiler und seiner Ehefrau Irma, geb. Brede in Eutin geboren.

In die Volksschule kam ich zu Ostern 1950 in Offenbach, wohin wir im Jahre 1949 umgezogen waren.

Seit 1953 wohne ich in Bonn. Hier besuchte ich ab Ostern 1954 den altsprachlichen Zweig des Beethoven-Gymnasiums und bestand im März 1963 das Abitur.

Zum 1. 4. 1963 wurde ich zur Bundeswehr eingezogen, diente in der Luftwaffe und leistete nach der Entlassung am 30. 9. 1964 noch verschiedentlich Wehrübungen ab.

Mit dem Wintersemester 1964/65 begann ich das juristische Studium an der Universität Bonn, hörte im 3. und 4. Semester in Freiburg i. Br. und kehrte dann wieder nach Bonn zurück. Am 6. 9. 1969 legte ich vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht Köln die 1. jur. Staatsprüfung ab.

Im November 1969 begann ich mit dem Referendardienst, der im Oberlandesgerichtsbezirk Köln stattfand. Auf meinen Wunsch wurde ich zusätzlich für ein halbes Jahr bei einem Wirtschaftsverband ausgebildet. Der juristische Vorbereitungsdienst wurde in den Jahren 1971/72 durch eine achtzehnmonatige Beurlaubung zur Anfertigung der Dissertation unterbrochen. Am 17. 2. 1975 bestand ich vor dem Landesjustizprüfungsamt in Nordrhein-Westfalen die 2. jur. Staatsprüfung.

Von April bis Juli 1975 war ich als Rechtsanwalt in einer Kölner Kanzlei tätig. Seit Mitte August 1975 bin ich - weiterhin als Rechtsanwalt zugelassen - bei einem Spitzenverband des Kreditgewerbes in Bonn beschäftigt.